

Helsingin yliopisto
Oikeustieteellinen tiedekunta

**TAPPIOIDEN VÄHENNYSOIKEUDEN RAJOITUKSET
YRITYSKAUPAN YHTEYDESSÄ**

Pro gradu -tutkielma
Finanssioikeus
Elokuu 2018
Ohjaaja: Marjaana Helminen-Kossila
Tekijä: Tanja Laitinen



Tiedekunta/Osasto - Fakultet/Sektion – Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos - Institution – Department
Tekijä - Författare – Author Tanja Anniina Laitinen		
Työn nimi - Arbetets titel – Title Tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset yrityskaupan yhteydessä		
Oppiaine - Läroämne – Subject Finanssioikeus		
Työn laji - Arbetets art – Level Pro gradu	Aika - Datum – Month and year Elokuu 2018	Sivumäärä - Sidoantal – Number of pages XIV + 72
Tiivistelmä - Referat – Abstract		
<p>Tutkimuksessa tarkastellaan tappioiden vähennysoikeuden rajoittamiseen liittyviä säännöksiä yrityskauppojen yhteydessä. Useimmat verojärjestelmät sallivat aiemmin syntyneiden tappioiden vähentämisen tulevista voitoista, mutta tällainen vähennysoikeus on omiaan vähentämään valtion verotuloja ja lisäämään tappioiden avulla tehtävää verosuunnittelua. Siksi on katsottu tarpeelliseksi asettaa tappioiden vähennysoikeudelle tietyt rajoitukset.</p> <p>Tutkimuksen tavoitteena on selvittää, toteutuvatko tappioiden vähennysrajoituksia koskevissa säännöksissä verotuksen neutraliteetti ja oikeudenmukaisuus. Tarkastelu on rajattu osakekauppoihin ja sulautumisiin liittyviin vähennysrajoituksiin. Tutkimuksessa tarkastellaan Suomen, Ruotsin ja Saksan verolainsäädännöistä ilmeneviä tappioiden rajoitussääntöjä. Lisäksi tarkastelun kohteena ovat tappiontasausaamiset Euroopan komission lokakuussa 2016 antamissa direktiiviehdotuksissa yhteisestä yhteisöveropohjasta (CCTB) ja yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB). Kyseessä on lainopillinen tutkimus, jossa hyödynnetään myös oikeusvertailua.</p> <p>Omistajanvaihdostilanteita koskevien tappioiden vähennysoikeuden rajoitusten taustalla on pyrkimys estää tappiollisilla yrityksillä käytävä kaupankäynti. Eri valtioissa on kuitenkin tähän samaan tavoitteeseen vastattu varsin erisäältoisillä säännöksillä. Tutkimuksessa tarkasteltavien verojärjestelmien kohdevaltioista Suomessa tappiot menetetään tuloverolain mukaan lähtökohtaisesti kun yli puolet yhtiön osakkeista vaihtaa omistajaa. Verovelvollisella on kuitenkin mahdollisuus hakea Verohallinnolta poikkeuslupaa tappioiden säilyttämiseksi, ja usein poikkeuslupa myönnetään, jos verovelvollinen pystyy osoittamaan liiketaloudellisia perusteita omistajanvaihdokselle. Ruotsissa on sen sijaan kytketty tappioyhtiön osakkeista maksettava kauppahinta siihen, menetetäänkö tappioiden vähennysoikeus omistajanvaihdoksen yhteydessä. Siten maksamalla tappioyhtiöstä riittävä hinta voidaan kaikki kohdeyhtiön tappiot säilyttää. Saksassa lähtökohtaisesti yli 50 prosentin muutos yhtiön omistuksessa saa aikaan tappioiden vähennysoikeuden menettämisen, ellei kyse ole konsernin sisäisestä järjestelystä tai ellei voida osoittaa, että verovelvollisen liiketoiminnassa ei ole tietyin aikarajan puitteissa tapahtunut muutoksia.</p> <p>Sulautumistilanteisiin liittyvien tappioiden vähennysoikeuden rajoitusten tarkoituksena voidaan katsoa olevan omistajanvaihdoksiin liittyvien rajoitussäännösten kiertämisen estäminen. Suomessa tuloverolain mukaan tappiot voivat siirtyä vastaanottavalle yhtiölle vain mikäli se on yksin tai osakkeenomistajiensa kanssa omistanut tappiovuoden alusta lähtien yli puolet sulautuvan yhtiön osakekannasta. Tappiot menetetään siten sulautumisen yhteydessä suhteellisen helposti. Sääntely on kuitenkin sallivampaa kuin Saksassa, missä sulautuminen johtaa automaattisesti tappioiden vähennysoikeuden menettämiseen. Ruotsin verolainsäädännössä taas on lähdetty siitä, että soveltuvin osin samoja säännöksiä tulee noudattaa niin omistajanvaihdos- kuin sulautumistilanteissakin.</p> <p>CCTB- ja CCCTB-direktiivit tarkoittaisivat toteutuessaan EU:n alueella toimiville konserneille kaikkien konserniyhtiöiden veropohjan yhdistämistä ja jakamista kullekin konserniyhtiölle erityisen jakokaavan avulla. Tällöin konsernin sisäisillä järjestelyillä ei pitäisi olla vaikutusta tappioiden vähennysoikeuteen omistajanvaihdostilanteissa ja sulautumisten yhteydessä. Kuitenkin käytännössä jäsenvaltioiden verotulointressien turvaamiseksi yhtiöiden liittyessä esimerkiksi omistajanvaihdoksen seurauksena CCCTB-järjestelmää soveltavaan konserniin, sovelletaan ennen omistajanvaihdosta syntyneisiin tappioihin jäsenvaltion kansallisia säännöksiä.</p> <p>Tutkimuksen johtopäätöksenä voidaan todeta, että tappioiden vähennysrajoitusten taustalla on ennen kaikkea verotulonäkökohdat, eikä oikeudenmukaisuusnäkökohtia ole välttämättä riittävällä tavalla huomioitu. Tappiot menetetään yrityskauppojen yhteydessä suhteellisen helposti, ellei kaupan strukturointia suunnitella huolellisesti etukäteen. Siten verotuksen maksukykyisyysperiaate ei aina rajoitussäännöksiä sovellettaessa toteudu.</p>		
Avainsanat – Nyckelord – Keywords tuloverotus – tappiot – yritysjärjestelyt – omistajanvaihdos – sulautuminen – CCTB – CCCTB - yritysjärjestelydirektiivi		
Säilytyspaikka – Förvaringställe – Where deposited		
Muita tietoja – Övriga uppgifter – Additional information		

SISÄLLYS

LÄHTEET	IV
LYHENTEET	XIV
1. JOHDANTO	1
1.1. Tappioiden taloudellinen merkitys	1
1.2. Tutkimusongelma ja aiheen rajausta.....	3
1.3. Tutkimusmenetelmä ja käytetty aineisto	5
1.4. Tutkimuksen rakenne	8
2. TAPPIOIDEN VÄHENNYSOIKEUS OSAKEKAUPAN YHTEYDESSÄ	10
2.1. Tappioiden vähennysrajoituksista omistajanvaihdostilanteissa.....	10
2.2. Tappioiden vähennysrajoitukset Suomen tuloverolaissa	12
2.2.1. TVL 122 §:n tarkoittama omistajanvaihdos	12
2.2.2. Poikkeuslupa tappioiden vähentämiseksi	14
2.3. Omistajanvaihdos ja tappiot Ruotsissa	18
2.3.1. Omistajanvaihdoksen käsite Ruotsin tuloverolaissa	18
2.3.2. Tappioiden vähennysoikeuden määrällinen rajoittaminen	19
2.3.3. Konserniavustukseen liittyvät rajoitukset.....	22
2.4. Omistajanvaihdos ja tappiot Saksassa	24
2.4.1. Tappiontasauksesta Saksan lainsäädännön mukaan	24
2.4.2. Tappioiden vähentämistä rajoittavien sääntöjen kehittyminen Saksassa	25
2.4.3. Valtiontukiratkaisu Saksan poikkeussäännöstä tappioiden säilyttämiseksi ..	26
2.4.4. Voimassa olevat poikkeukset tappioiden menettämissääntöihin.....	27
2.4.5. Tappioiden vähennysrajoitusten perustuslainmukaisuus	29
2.5. Omistajanvaihdos ja tappiot CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotuksessa.....	31
2.5.1. CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotusten soveltamisala	31
2.5.2. CCCTB-järjestelmässä syntyneet tappiot.....	33
2.5.3. Ennen CCTB:n soveltamista syntyneet tappiot	35
2.6. Yhteenvedo tappioiden kohtelusta omistajanvaihdoksissa.....	38
2.6.1. Omistajanvaihdoksen käsite tarkastelluissa järjestelmissä.....	38
2.6.2. Vähennysoikeuden rajoitukset ja niistä tehtävät poikkeukset	39
2.6.3. Rajoitussäännöt oikeudenmukaisuuden ja neutraliteetin näkökulmasta	41
3. TAPPIOIDEN VÄHENNYSOIKEUS SULAUTUMISEN YHTEYDESSÄ	44
3.1. Tappioiden vähennysrajoituksista sulautumisen yhteydessä	44
3.2. Rajat ylittävät sulautumiset ja yritysjärjestelydirektiivi	45

3.3.	Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Suomen tuloverolain mukaan	50
3.3.1.	Omistusta koskevat edellytykset TVL 123 §:ssä.....	50
3.3.2.	Tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle.....	52
3.3.3.	Vastaanottavan yhtiön oikeus käyttää tappioita	54
3.3.4.	TVL:n säännökset suhteessa yritysjärjestelydirektiiviin	55
3.4.	Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Ruotsin oikeuden mukaan	57
3.4.1.	Määrärajoitus sulautumisen yhteydessä	57
3.4.2.	Tappioiden vähennysoikeus sulautumisen jälkeen.....	58
3.5.	Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Saksan oikeuden mukaan	59
3.6.	Sulautumiset CCCTB-järjestelmässä.....	61
3.7.	Yhteenveto tappioiden siirtymisestä sulautumistilanteissa.....	63
4.	JOHTOPÄÄTÖKSET	67
4.1.	Osakekauppoihin liittyvistä tappioiden vähennysoikeuden rajoituksista	67
4.2.	Tappioiden vähennysoikeudesta sulautumisen yhteydessä	69
4.3.	Tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset de lege ferenda	71

LÄHTEET

Kirjallisuus

Ahonen ym. (2016)

Ahonen, T. – Pykönen, E. – Salmikivi, J. 2016. Tappioiden lopullisuudesta ja vähentämisestä rajat ylittävissä yritysjärjestelytilanteissa. Verotus 5/2016, 539 - 551.

Andersson – Penttilä (2014)

Andersson, E. – Penttilä, S. 2014. Elinkeinoverolain kommentaari (14. painos). Helsinki: Alma Talent Oy.

Bezzina (2002)

Bezzina, J. 2002. The Treatment of Losses under the EC Merger Directive 1990. European Taxation, 57 - 71.

Bogdan (2010)

Bogdan, M. 2010. Swedish Legal System (1. painos). Tukholma: Norstedts Juridik AB.

Boulogne (2014)

Boulogne, G.F. 2014. A Proposal to Expand and Improve Article 6 of the EU Merger Directive. Intertax 42(2), 70 - 91.

Boulogne (2016)

Boulogne, G.F. 2016. Shortcomings in the European Union Merger Directive: Lessons for Future Harmonization. Intertax 44(11), 810 - 814.

Brodersen – Duttiné (2010)

Brodersen, C. – Duttiné, T. 2010. Improvements in German Tax Law for Tax Planning and Tax Transactions. Intertax 38(5), 306 - 311.

Calleja Borg (2011)

Calleja Borg, J. 2011. Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say. Intertax 39(11), 557 - 563.

Calleja Borg (2013)

Calleja Borg, J. 2013. The Tax Treatment of Losses under the Proposed Common Consolidated Corporate Tax Base Directive. Intertax 41(11), 581 - 587.

da Silva – Weber (2011)

da Silva, B. – Weber, D. M. 2011. From Marks & Spencer to X holding: The future of cross-border group taxation. Alphen aan de Rijn : Kluwer Law International

da Silva (2016)

da Silva, B. 2016. The Impact of Tax Treaties and EU Law on Group Taxation Regimes (1. painos). Kluwer Law International B.V.

DePamphilis (2013)

DePamphilis, D. 2013. Mergers, Acquisitions, and Other Restructuring Activities: An integrated approach to process, tools, cases, and solutions (7. painos). Amsterdam: Academic Press.

Ditsch (2010)

Ditsch, S. 2010. New government produces amendments to tax rules. International Tax Review, December/January 2010, 56 - 58.

Dourado (2015)

Dourado, A. P. 2015. Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6. Intertax, 43(1), 42 - 57.

Ehlermann – Röper (2006)

Ehlermann, C. – Röper, C. 2006. Tax Strategies for Germany After the Election. International Tax Review, December/January 2006, 33 - 35.

Gaughan (2015)

Gaughan, P. 2015. Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings. Hoboken, New Jersey: Wiley.

Gerson (2011)

Gerson, A. 2011. The Negative Harmonization Process of Losses in Foreign EU Subsidiaries: The Swedish Case. EC Tax Review 2011-6, 273 - 282.

Helminen (2011)

Helminen, M. 2011. Must the Losses of a Merging Company be Deductible in the State of Residence of the Receiving Company in EU? EC Tax Review 2011-4, 172 - 178.

Helminen (2017)

Helminen, M. 2017. Kansainvälinen verotus. Jatkuvasti päivitettävässä Alma Talent Fokus-palvelussa (viitattu 21.1.2018).

Husa (2013)

Husa, J. 2013. Oikeusvertailu: teoria ja metodologia (1. painos). Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Husa ym. (2008)

Husa, J. – Mutanen, A. – Pohjolainen, T. 2008. Kirjoitetaan juridiikkaa: ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille (2. painos). Helsinki: Talentum.

Immonen (2015)

Immonen, R. 2015. Yritysjärjestelyt. Helsinki: Alma Talent Oy.

Immonen (2017)

Immonen, R. 2017. Tulolähdejaon poistaminen osakeyhtiöiltä. Vero-opintopäivät 2017 Helsinki: Suomen Verotarkastajat SVT ry., 17 - 30.

Järvenoja (2014)

Järvenoja, M. 2014. Tappioyhtiö yritysjärjestelyissä - KHO:n ratkaisun 2013:126 arviointia. Verotus 2/2014, 178 - 185.

Katramo ym. (2013)

Katramo, M. – Lauriala, J. – Matinlauri, I. – Niemelä J. – Svernas K. – Wilkman, N. 2013. Yrityskauppa (2. painos.). Helsinki: Sanoma Pro Oy.

KPMG (2013)

KPMG AB. 2013. KPMG Skattehandbok 2013. Tukholma: KPMG AB.

Linn (2017)

Linn, A. 2.10.2017. Germany: Change-in-ownership rules referred to the Federal Constitutional Court (again). International Tax Review.

Lodin – von Bahr (2010)

Lodin, S. – von Bahr, S. 2010. Förlustavdragsbegränsningen vid ägarbyten hindrar överlevnaden för många lovande företag. Svensk skattetidning 2/2010, 205 - 213.

Lorz ym. (2009)

Lorz, A. – Olsen, F. E. – Stein, D. 2009. Translation issues in language and law. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Luja (2012)

Luja, R. 2012. (Re)shaping Fiscal State Aid: Selected Recent Cases and Their Impact. Intertax 40(2), 120 - 131.

Malmgren (2013)

Malmgren, M. 14.6.2013. Tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä tilanteissa. Edilex, 147 - 160.

Mitroyanni – Putzolu (2009)

Mitroyanni, I. – Putzolu, C. 2009. CCCTB and Business Reorganizations. *Intertax*, 37(8/9), 436 - 448.

Myrsky (2013)

Myrsky, M. 2013. Millainen on hyvä verojärjestelmä? *Verotus* 2/2013, 131 - 144.

Myrsky – Malmgren (2014)

Myrsky, M. – Malmgren, M. 2014. Elinkeinotulon verotus (4. painos). Helsinki: Talentum Media Oy.

Nuotio (2012)

Nuotio, V.-P. 2012. Tappiontasaus tuloverotuksessa. Helsinki: Talentum Media Oy.

Nuotio (2014)

Nuotio, V.-P. 26.5.2014. Tappioita koskeva poikkeuslupamenettely valtiontukiratkaisun jälkeen. *Edilex*, 272 - 290.

Nylén – Sträng (2010)

Nylén, H. – Sträng, T. 2010, En kritisk analys av ändringarna i reglerna om underskotts-företag, *Svensk skattetidning* 1/2010, 72 -78.

OECD (2011)

OECD. 2011. Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning. OECD Publishing.

Panayi (2010)

Panayi, C. 2010. Reverse subsidiarity and EU tax law: can Member States be left to their own devices? *British Tax Review* 3/2010, 267 - 301.

Perdelwitz (2017)

Perdelwitz, Andreas. 2017. Germany – Corporate taxation. Jatkuvasti päivitettävässä IBFD Tax Research Platform -palvelussa. (viitattu 29.1.2018).

Post – Stals (2012)

Post, D. – Stals, K. 2012. The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study. *Intertax*, 40(4), 232 - 244.

Post (2014)

Post, D. 2014. The ECJ on State Aid and Loss Trafficking: A Missed Opportunity? *EC Tax Review*, 2014-2, 76 - 84

Ranta-Lassila (2002)

Ranta-Lassila, H. 2002. Konsernit ja verotuksen neutraalisuus. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

Rapo – Volanen (2017)

Rapo, P – Volanen, M. 2017. Yhteinen yhdistetty yhteisöveropohja (CCCTB) - suojaisa sisäsatama vai pinnan alla piilevä karikko? Verotus 3/2017, 338 - 348.

Russo – Petzold (2012)

Russo, R. – Petzold, O. 2012. OECD Puts Spotlight on Tax Planning and Use of Losses. International Tax Review December/January 2012, 23 - 25.

Samuelson (1994)

Samuelson, L. 1994. Förlustutjämning: En skatterättslig studie avseende frågan om utjämning av rörelseförluster mellan skilda beskattningsår vid beskattning av aktiebolag enligt svensk rätt. Uppsala: Iustus.

Torkkel – Äimä (2012)

Torkkel, T. – Äimä, K. 2012. Tappioiden poikkeuslupamenettely EU-tuomioistuimen käsissä. Tilintarkastus 1/2012, 62 - 65.

Uimonen (2011)

Uimonen, J. 2011. Funktionalismin kritiikki ja mahdollisuus oikeusvertailussa. Oikeus, 40(1), 104 - 114.

Urpilainen (2013)

Urpilainen, M. 24.10.2013. Tappioiden vähentämistä koskeva poikkeuslupa on omistajanvaihdostilanteissa pääsääntöisesti myönnettävä, mikäli asiaan ei liity väärinkäytösten riskiä. Edilex-sarja.

van de Streek (2012)

van de Streek, J. 2012. The CCCTB Concept of Consolidation and the Rules on Entering a Group. Intertax, 40(1), 24 - 32.

Vande Velde (2016)

Vande Velde, I. 2016. How Does the CJEU's Case Law on Cross-Border Loss Relief Apply to Cross-Border Mergers and Divisions? EC Tax Review, 25(3), 132 - 145.

Weiss – Brühl (2017)

Weiss, M. – Brühl, M. 2017. German Rules on Loss Forfeiture Ruled Partly Unconstitutional. European Taxation, 57(10), 450 - 456.

Wikström (1997)

Wikström, K. 1997. Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä. Teoksessa J. Häyhä (toim.): Minun metodini. Helsinki: Werner Söderström Lakitieto Oy, 330 - 338.

Zinn (2012)

Zinn, B. 2012. Tax Accounting in Germany. Köln: Josef Eul Verlag GmbH.

Verkkosivut

Valtioneuvosto 2017

Valtioneuvosto 2017. Tulolähdejaon poistamista valmistelevan lainsäädäntöhankkeen asiantuntijaryhmä. (saatavissa: <http://valtioneuvosto.fi/hanke?tunnus=VM123:00/2016>, viitattu 13.4.2018).

KPMG 2016

KPMG 2016. Taxation of cross-border mergers and acquisitions: Germany (saatavissa: <https://home.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/08/mergers-and-acquisitions-country-report-germany.pdf>, viitattu 3.12.2017).

Honert + partner 2017

Honert + partner mbB. 27.6.2017. New Legal Provision of § 8d KStG (Corporate Tax Act) - Tax Loss Carry-forwards of corporations can be saved in some cases when there is an exchange of shareholders. (saatavissa: <http://honert.de/en/new-legal-provision-of-%C2%A7-8d-kstg-corporate-tax-act-tax-loss-carry-forwards-of-corporations-can-be-saved-in-some-cases-when-there-is-an-exchange-of-shareholders/>, viitattu 2.12.2017).

Virallisaineisto

Suomi:

HE 173/1967 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tappiontasauksesta tuloverotuksessa ja laiksi kehitysalueiden teollisuuden verohuojennuksista annetun lain muuttamisesta.

HE 200/1992 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle tuloverolaiksi sekä laiksi eräiden yleishyödyllisten yhteisöjen verohuojennuksista annetun lain 1 ja 6 §:n muuttamisesta.

HE 131/1995 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle verohallintolaiksi ja laiksi verotusmenettelystä sekä eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.

HE 177/1995 vp

Hallituksen esitys Eduskunnalle yritysjärjestelyjä koskevien elinkeinotulon verottamisesta annetun lain ja eräiden muiden lakien säännösten muuttamisesta.

Komiteanmietintö 1978:44

Komiteanmietintö 1978:44. Elinkeinoverotoimikunnan mietintö. Helsinki 1978.

Verohallinnon ohje: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos.

Verohallinnon ohje 20.12.2016 dnro A223/200/2016. Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos.

Yritysverotuksen kehittämistyöryhmä 2006

Verotus, tilinpäätös ja yhtiöoikeus - Yritysverotuksen kehittämistyöryhmä 2005. Valtiovarainministeriö, 4/2006.

Helminen 2016

Helminen, M. 7.11.2016. Asiantuntijalausunto komission 25.10.2016 antamista ehdotuksista neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta (CCTB) (COM(2016) 685 final) ja neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB) (COM(2016) 683 final) (lausuntopyyntö VM/1874/03.01.00/2016).

Ruotsi:

Regeringens proposition 1993/94:50

Regeringens proposition 1993/94:50. Fortsatt reformering av företagsbeskattningen.

Regeringens proposition 2016/17:1

Regeringens proposition 2016/17:1. Förslag till statens budget för 2017, finansplan och skattefrågor.

Skatteverket 2011

Skatteverket 2011. SKV 336 utgåva 10.Handledning för beskattning av inkomst vid 2011 års taxering, del 3. (saatavissa: <http://www.skatteverket.se/rattsinformation/handledningar-handbocker/beskattningavinkomstskv301/beskattningavinkomst/2011.4.400023ac12df56d65d980001532.html>, viitattu 20.1.2018).

Skatteverket 2018

Skatteverket 2018. Beskattning vid kvalificerad fusion. (saatavissa: <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2018.2/332365.html#h-Underskott>, viitattu 22.3.2018)

EU:

Euroopan komission päätös 2011/527/EU

Euroopan komissio. 26.1.2011. 2011/527/EU: Komission päätös, annettu 26 päivänä tammikuuta 2011, Saksan myöntämästä valtiontuesta C 7/10 (ex CP 250/09 ja NN 5/10) (”KStG-lain saneerauslauseke”).

Euroopan komissio 2016

Commission Staff Working Document: Impact Assessment Accompanying the document Proposals for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base and a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Strasbourg: Euroopan komissio.

Euroopan komissio 25.10.2016

Euroopan komissio (25.10.2016). Commission proposes major corporate tax reform for the EU (saatavissa: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3471_en.htm, viitattu 9.12.2017).

Euroopan parlamentti 15.3.2018 – CCTB

Euroopan parlamentin lainsäädäntöpäätöslauselma 15. maaliskuuta 2018 ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta (COM(2016)0685 – C8-0472/2016 – 2016/0337(CNS)) (Erityinen lainsäätämisyjärjestys – kuuleminen).

Euroopan parlamentti 15.3.2018 – CCCTB

Euroopan parlamentin lainsäädäntöpäätöslauselma 15. maaliskuuta 2018 ehdotuksesta neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB) (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)) (Erityinen lainsäätämisyjärjestys – kuuleminen).

OIKEUSTAPAUSLUETTELO

Korkein hallinto-oikeus

KHO 1980-II-513	s. 50
KHO 24.10.1991 taltio 3772	s. 54
KHO 1994 B 515	s. 50
KHO 27.6.2000 taltio 1973	s. 51
KHO 2002:72	s. 53
KHO 2003:23	s. 53
KHO 2004:59	s. 51
KHO 2006:53	s. 14, 15, 17
KHO 2010:21	s. 7, 15–17
KHO 2012:23	s. 52
KHO 2013:126	s. 54
KHO 2013:167	s. 7, 16, 17
KHO 2013:155	s. 56
KHO 2013:178	s. 14

Keskusverolautakunta

KVL 1999/156	s. 52
KVL 14.3.1994 nro 76	s. 13
KVL 18.8.1997 nro 159	s. 13

Ruotsi

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2014 ref. 67	s. 20
HFD 2016 ref. 16	s. 20

Kammarrätten i Göteborg

KRNG 2003-04-23, målnr 2680-02	s. 21
--------------------------------	-------

Regeringsrätten

RÅ 2009 ref. 5 s. 57

RÅ 2010 ref. 92 s. 59

Skatterättsnämnden

SRN 2006-12-04 s. 59

SRN 2007-02-12 s. 19

Saksa

BVerfG, 29.03.2017 - 2 BvL 6/11 s. 7, 29–30

FG Hamburg, 29.08.2017 - 2 K 245/17 s. 30

Euroopan unionin tuomioistuin

C-446/03, Marks & Spencer

Tuomio 13.12.2005. Marks & Spencer plc vastaan David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes), ECLI:EU:C:2005:763.

C-123/11, A Oy

Tuomio 21.2.2013. A Oy, korkeimman hallinto-oikeuden esittämä ennakkoratkaisupyyntö, C-123/11, ECLI:EU:C:2013:84.

C-6/12, P Oy

Tuomio 18.7.2013. P Oy, korkeimman hallinto-oikeuden esittämä ennakkoratkaisupyyntö, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525.

T-620/11, GFKL Financial Services AG

Tuomio 4.2.2016. GFKL Financial Services AG vastaan Euroopan komissio, T-620/11, ECLI:EU:T:2016:59.

Muut

ETFA-tuomioistuimen tuomio 13.9.2017. Yara International ASA v. Norway, E-15/16.

LYHENTEET

CCTB	Ehdotus neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta, COM(2016) 685 final
CCCTB	Ehdotus neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta, COM(2016) 683 final
EFTA	Euroopan vapaakauppajärjestö
EStG	Einkommensteuergesetz 16.10.1934
EU	Euroopan unioni
EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
EVL	Laki elinkeinotulon verottamisesta 360/1968
GewStG	Gewerbsteuergesetz 1.12.1936
IL	Inkomstskattelag 1999:1229
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KVL	Keskusverolautakunta
KStG	Körperschaftsteuergesetz 31.8.1976
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development
TTL	Laki tappiontasauksesta tuloverotuksessa 362/1968
TVL	Tuloverolaki 1535/1992
SEUT	Sopimus Euroopan unionin toiminnasta
VML	Laki verotusmenettelystä 1558/1995
YHL	Laki yhtiöveron hyvityksestä 1232/1988

1. JOHDANTO

1.1. Tappioiden taloudellinen merkitys

Yhteisöverojärjestelmät sallivat tyypillisesti yritystoiminnassa syntyneiden tappioiden vähentämisen syntyneistä voitoista. Tämä voidaan toteuttaa sallimalla tappioiden vähentäminen saman yhtiön aiempien vuosien tuloksesta (*carry-back*) tai tulevien vuosien tuloksista (*carry-forward*). Lähtökohtana on, että tappiot ovat kohdennettavissa yksittäiselle verovelvolliselle riippumatta taustalla olevista osakkeenomistajista tai tahoista, joilla on määräysvalta verovelvollisessa.¹ Usein on mahdollista toteuttaa tappiontasaus myös juridisesti erillisten yhtiöiden välillä, mikäli yritysryhmään sovelletaan jonkinlaista ryhmäverotusjärjestelmää, jossa yritysryhmällä on mahdollisuus kuitata ryhmään kuuluvan yrityksen tappiot toisen ryhmään kuuluvan yhtiön tuotoilla.² Kertyneiden tappioiden hyödyntäminen pienentää yrityksen verotettavaa tulosta ja on siten omiaan vähentämään valtion verotuloja. OECD:n vuonna 2011 julkaiseman tutkimuksen mukaan finanssikriisin jäljiltä yhtiöiden vielä vähentämättä olevien tappioiden määrä oli niin suuri, että niillä katsottiin olevan huomattavia vaikutuksia valtioiden verotuloihin³. Näin ollen veronsaajilla on merkittävä intressi puuttua tappioiden käyttöön verosuunnittelussa.

Vastaavasti tappioiden vähennysoikeus on verovelvolliselle tärkeä tapa tasata tulostaan eri verovuosien ja toisaalta yritysryhmän jäsenten kesken. Siksi varsinkin merkittävät vähentämättömät tappiot pyritään huomioimaan myös yrityskaupan strukturoinnissa. Yrityskaupan rakennesuunnittelussa on tärkeää huomioida ostokohteen olemassa olevat tappiot sekä tappiot, jotka syntyvät esimerkiksi hankintavuoden aikana mahdollisesti käytettäviin apuyhtiöihin.⁴ Esimerkiksi Googlen ostettua Motorola Mobilityn vuonna 2011 se sai Motorolan kertyneiden tappioiden ansiosta hyödynnettäväkseen noin 700 miljoonan dollarin vuosittaiset verosäästöt tulevista tuotoistaan ja jopa miljardin dollarin välittömän verohyödyn. Koska ostaja ei kuitenkaan voi koskaan olla varma siitä, että sen tulevat tuotot riittävät hankittujen

¹ Post 2014, s. 77.

² da Silva 2016, s. 60–61. Tällainen ryhmäverotusjärjestelmä voi olla esimerkiksi suomalainen konserniavustusjärjestelmä. Konserniverotuksen perusratkaisuista ks. tarkemmin esim. Ranta-Lassila 2002, s. 11.

³ OECD 2011, s. 13.

⁴ Katramo ym. 2013, s. 212–213.

tappioiden hyödyntämiseen ennen niiden vanhenemista, kohdeyhtiön käyttämättömät tappiot harvoin yksinään antavat aihetta yrityskaupalle.⁵ Tappiota tekeviä yhtiöitä on kuitenkin historiallisesti ostettu puhtaasti niiden hyödyntämiseksi verotustarkoituksissa⁶, ja siksi on katsottu tarpeelliseksi asettaa tiettyjä rajoituksia kohdeyhtiön tappioiden säilymiselle tai siirtymiselle yrityskauppojen yhteydessä.

Etenkin tilanteisiin, joissa hankitaan tappiollinen yhtiö osaksi konsernia vain, jotta toisten konserniyhtiöiden tulosta voidaan pienentää hankitun yhtiön tappioilla, on haluttu puuttua rajoitussäännöin. Ongelmallisia ovat myös tilanteet, joissa yhtiö hankitaan konserniin tilikauden lopulla ennen sen tappioiden materialisoitumista.⁷ Useimpien valtioiden tappiontaussäännöksissä onkin asetettu rajoituksia tappioiden vähennysoikeudelle liittyen tappiollisen yhtiön omistajan tai toimialan muutokseen, yhtiön toiminnan lakkaamiseen ja yhtiön toiminnan tarkoituksen muutokseen. Nämä rajoitukset on suunnattu ehkäisemään tappioihin liittyvää verosuunnittelua.⁸

Tappioiden vähennysoikeudelle asetetut rajoitukset kattavat kuitenkin lähtökohtaisesti sekä liiketaloudellisesti perustellut yrityskaupat että verosuunnittelutarkoituksessa tehdyt tappiollisten yhtiöiden hankkimiset. Siksi rajoitussääntöjä on myös kritisoitu. Tyypillisesti kritiikin perustana on ajatus siitä, että rajoitussäännöt rikkovat vallitsevaa periaatetta, jonka mukaan kukin yhteisö on erikseen velvollinen maksamaan veroa. Kun kullekin yritykselle määritetään erillisesti verotettava tulo, sillä kuka omistaa tai käyttää määräysvaltaa tappioyhtiössä, ei tulisi olla merkitystä. Lisäksi voidaan kysyä, onko tappiollisen yhtiön myyminen haitallista, mikäli taho joka omistaa tai käyttää määräysvaltaa yhtiössä, ei kykene näitä tappioita itse hyödyntämään.⁹

Rajoitussääntöjä voidaankin tarkastella verojärjestelmän tavoitteiden näkökulmasta. Suomessa yritysverotuksen kehittämistyöryhmä 2005 on muistiossaan listannut hyvän verojär-

⁵ DePamphilis 2013, s. 437.

⁶ Esimerkiksi Yhdysvalloissa 1980-luvun alussa tappioista saatavia verohyvytyksiä saatettiin mainostaa yrityskaupan perusteina. Tästä lisää esim. Gaughan 2015 s. 611. Saksassa ennen vuoden 1997 rajoitussääntöä laajat tappiontausmahdollisuudet johtivat nk. Mantelkauf-operaatioihin, joissa vain verojen välttämiseksi hankittiin ”tyhjiä kuoria” eli yhtiöitä, jotka olivat jo lopettaneet kaiken liiketoimintansa, mutta joilla oli vielä siirto-kelpoisia tappioita.

⁷ OECD 2011, s. 49.

⁸ da Silva 2016, s. 60–61.

⁹ Post – Stals 2012, s. 236, 239. Erillisen yhtiöverotuksen perusteluista ks. esim. Ranta-Lassila 2002, s. 30.

jestelmän ominaisuuksia. Tällaisiksi mainitaan muun muassa neutraalisuus ja oikeudenmukaisuus. Yritysverotuksen oikeudenmukaisuutta arvioitaessa puhutaan yrityksen maksukykyvystä. Maksukykyisyysperiaatteen mukaan talousyksiköiden tulee maksaa veroa maksukykynsä mukaan.¹⁰ Verotuksessa tulisi myös pyrkiä neutraalisuuteen, eli siihen, ettei verotus vaikuta verovelvollisen päätöksentekoon¹¹. Tällöin ideaalitilanteessa verotus ei vaikuttaisi siihen, miten verovelvollinen päättää järjestää liiketoimintansa. Kuitenkin tosiasiasa esimerkiksi yrityskauppatilanteissa verotukselliset tekijät ovat usein merkittäviä, kun valitaan kaupan toteuttamistapaa tai päätetään, jatketaanko kohdeyhtiön liiketoimintaa esimerkiksi erillisen tytäryhtiön vai epäitsenäisen sivuliikkeen kautta. Verovelvollinen pyrkii järjestämään transaktionsa siten, että sillä olisi mahdollisimman pieni verorasitus.¹²

Tappiollisen yhtiön osakekannan ostaminen on verosuunnittelun näkökulmasta kannattavaa silloin, jos ostajalla on mahdollisuus päästä verotuksellisesti parempaan asemaan kuin ilman ostoa. Mikäli ostaja voi hyödyntää ostamansa tappioyhtiön tappiot, verojärjestelmä kannustaa yritysostoihin, joille ei ole muita taloudellisia perusteita. Toisaalta neutraalisuuden kannalta on ongelmallista, että tappioyhtiö voi menettää oikeuden tappioidensa hyödyntämiseen, jos sen omistaja vaihtuu. Tällöin tappioyhtiö asetetaan verotuksellisesti heikompaan asemaan, kuin missä se olisi ollut ilman omistajanvaihdosta. Verotuksessa asetetut tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset voivat siten lisätä omistajanvaihdosten verokustannusta ja vaikuttaa näin verovelvollisten käyttäytymiseen. Neutraalisuuden kannalta onkin keskeistä, että omistajanvaihdoksiin liittyvät säännökset poistavat ainoastaan kannustimen ostaa yhtiöitä näiden tappioiden hyödyntämiseksi. Tätä laajemmille rajoitussäännöksille ei neutraalisuuden näkökulmasta ole perusteita.¹³

1.2. Tutkimusongelma ja aiheen raja

Tämän tutkimuksen tarkoitus on tarkastella tappioiden vähennysoikeutta rajoittavia sääntöjä omistajanvaihdostilanteissa, erityisesti yrityskauppojen yhteydessä. Tarkastelun kohdevaltioita ovat Suomi, Ruotsi ja Saksa. Lisäksi tarkastellaan Euroopan komission vuonna 2016 julkaisemien CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten¹⁴ säännöksiä tilanteissa, joissa yhtiö

¹⁰ Yritysverotuksen kehittämistyöryhmä 2006, s. 15–16.

¹¹ Myrsky 2013, s. 135.

¹² da Silva 2016, s. 26.

¹³ Samuelson 1994, s. 70–71.

¹⁴ Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base COM(2016) 685 final, sekä Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base COM(2016) 683 final.

tulee osaksi CCCTB-järjestelmää soveltavaa yritysryhmää omistajanvaihdoksen seurauksena. Tarkastelemalla näitä erilaisia verojärjestelmiä pyritään selvittämään, miten eri maissa on ratkaistu edellä esitetty tappioilla käytävän kaupankäynnin ongelma. Samalla pyritään ottamaan kantaa siihen, onko jossakin toisessa järjestelmässä sääntöjen neutraalisuus ja oikeudenmukaisuus saavutettu paremmin kuin toisessa. Kyse on näin ollen siitä, toteutuvatko tappioiden vähennysrajoituksia koskevissa säännöksissä verotuksen neutraliteetti ja oikeudenmukaisuus.

Edellä esitetyt tavoitteet voidaan eritellä tutkimuskysymysten muotoon seuraavasti:

- Millaisia tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia liittyy omistajanvaihdostilanteisiin voimassaolevan oikeuden mukaan Suomessa, Ruotsissa ja Saksassa? Entä miten vähennysoikeuden rajoitukset on huomioitu CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotuksissa?
- Millaisin edellytyksin sulautuvan yhtiön tappiot siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle Suomen, Ruotsin ja Saksan oikeuden mukaan, sekä CCTB- tai CCCTB-direktiiviehdotuksissa?

Tutkimus on rajattu koskemaan tilanteita, joissa yhtiön omistus vaihtuu joko osakekaupan tai sulautumisen seurauksena. Tämä rajausta perustuu yrityskaupan tyypillisimpiin toteuttamismuotoihin, joita ovat liiketoimintakauppa, osakekauppa ja sulautuminen. Koska liiketoimintakaupassa kaupan kohteena on kohdeyhtiön liiketoiminta tai sen osa vaihto- ja käyttöomaisuuksineen, eivätkä myyjäyhtiön tappiot siirry ostajalle, on tässä yhteydessä tarkoituksenmukaista rajata liiketoimintakauppa tarkastelun ulkopuolelle.¹⁵ Näkökulmana tutkimuksessa on verovelvollisen näkökulma.

Tappioita on käsitelty oikeuskirjallisuudessa jo pitkään, ja esimerkiksi Vesa-Pekka Nuotio on kirjoittanut tappiontasauksesta kattavan väitöskirjan vuonna 2012¹⁶. Tässä tutkimuksessa näkökulma on kuitenkin rajatumpi siten, että kiinnostuksen kohteena ovat tappiontasaus säännöt ainoastaan omistajanvaihdostilanteissa ja toisaalta laajempi siten, että Ruotsin ja Saksan lainsäädäntöä pyritään avaamaan tässä tutkimuksessa enemmän kuin esimerkiksi

¹⁵ DePamphilis 2013, s. 404.

¹⁶ ks. Nuotio 2012.

mainitussa Nuotion väitöskirjassa. Molemmissa oikeusvertailun kohdevaltioissa on hiljattain toteutettu tappioiden vähennysrajoituksiin liittyviä lainsäädäntöuudistuksia, ja Saksassa vähennysoikeuden rajoituksiin liittyen on vuonna 2017 saatu merkittävä perustuslakituomioistuimen ratkaisu. Verolainsäädännön muutosten ohella tutkimusaiheen ajankohtaisuutta puoltaa parantunut taloudellinen tilanne, jonka myötä voidaan olettaa, että yhtiöille ei enää niinkään kerry massiivisia määriä tappioita, vaan yhtiöillä on pikemminkin intressi hyödyntää vanhoja vahvistettuja tappioita.

Tutkimusaiheen ajankohtaisuutta korostavat myös vireillä olevat CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotukset¹⁷. Tällä hetkellä Euroopan unionissa konserniyhtiöiden verotuksen erillisysperiaate estää eri valtioihin sijoittautuneiden konserniyhtiöiden välisen tappiontasauksen. Näin ollen koko konsernin tulos saattaa olla negatiivinen, mutta konsernin eri yhtiöt joutuvat kuitenkin maksamaan yhteisöveroa eri valtioissa. Tappiontasaus suomalaisten ja ulkomaisten konserniyhtiöiden välillä ei ole mahdollista, eikä suomalaisen tytäryhtiön verotuksessa oteta huomioon sen ulkomaisen emoyhtiön tappiota. Lähtökohtaisesti myöskään ulkomaisen tytäryhtiön tappiota ei voida ottaa huomioon suomalaisen emoyhtiön verotuksessa.¹⁸ Rajat ylittävien tappioiden problematiikasta on annettu useita EU-tuomioistuimen ratkaisuja ja myös uusia on vireillä¹⁹. Direktiiviehdotusten myötä tappiontasaus sääntöihin on odotettavissa tältä osin muutoksia, ja siksi on tarpeen käsitellä myös niiden sisältöä²⁰. On kuitenkin huomattava, että tämän tutkimuksen puitteissa ei ole mahdollista syventyä konserniyhtiöiden väliseen tappiontasaukseen, vaan käsittely rajautuu ainoastaan tappioiden kohteluun omistajanvaihdostilanteissa.

1.3. Tutkimusmenetelmä ja käytetty aineisto

Koska tutkimuksen tavoitteena on selvittää, mikä on voimassaolevan oikeuden sisältö tappioiden vähennysoikeuden rajoitusten kannalta, käytetään tutkimusmenetelmänä lainoppia.

¹⁷ Proposal for a Council Directive on a Common Corporate Tax Base, COM(2016) 685 final, sekä Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base, COM(2016) 683 final.

¹⁸ Helminen 2017, 8. Kansainvälisen konsernin erityiskysymyksiä – Tappiontasausmahdollisuudet.

¹⁹ Jäljempänä sivutaan lyhyesti ns. lopullisten tappioiden doktriinia. Mm. EFTA:n tuomioistuin katsoi syyskuussa 2017, että norjalainen yhtiö sai vähentää muihin ETA-maihin sijoittautuneille yhtiöille syntyneet tappiot verotuksessaan (Yara International ASA v. Norway, E-15/16, 13.9.2017). Ruotsin korkein hallinto-oikeus on vuoden 2017 lopussa esittänyt EU-tuomioistuimelle kaksi ennakkoratkaisupyyntöä (ks. C-607/17 ja C-608/17) tytäryhtiöiden tappioiden vähentämiseen liittyen.

²⁰ Esitettyjen direktiivien myötä mm. EU:n sisäinen rajat ylittävä tuloksentasaus tulisi automaattiseksi järjestelmän piiriin kuuluville yrityksille, ks. lisää esim. Helminen 2016.

Lainoppi pyrkii antamaan vastauksen siihen, kuinka tietyssä tilanteessa tulisi toimia voimassa olevien oikeussääntöjen mukaan. Keskeiseltä osaltaan lainoppi on oikeusjärjestykseen kuuluvien sääntöjen tutkimusta ja tulkintaa. Lisäksi lainopin keskeisenä tehtävänä on oikeusjärjestyksen systematisointi. Näin lainoppi pyrkii luomaan ja kehittämään oikeudellista käsitejärjestelmää jonka varassa oikeutta tulkitaan.²¹

Lainopin menetelmää hyödynnettäessä on hyvä huomata, että vero-oikeudellisella tutkimuksella on tiettyjä erityispiirteitä. Ensinnäkin, koska verotuksella siirretään merkittävä osa kansalaisten tuloista julkisen sektorin käytettäväksi ja julkinen talous tällä tavoin rasittaa yksityistä taloutta, liittyy vero-oikeuteen korostetun laillisuuden periaate. Lisäksi vero-oikeus sääntelee taloutta ja ihmisten taloudellista käyttäytymistä, joka muuttuu varsin nopeasti. Vero-oikeudellisessa tutkimuksessa on siten huomioitava toisaalta korostettu laillisuus ja toisaalta aineiston nopea muuttuminen ja vanheneminen sekä jouston tarve. Edelleen vero-oikeuteen voidaan liittää kolmas erityispiirre, josta voidaan käyttää nimitystä verovelvollisen suosimisen periaate. Tämä periaate voidaan tiivistää vaatimukseksi, jonka mukaan epäselvissä tulkintatilanteissa pitää valita vaihtoehto, joka on verovelvolliselle edullisin.²² Tässä tutkimuksessa pyritään toisaalta arvioimaan tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia korostetun laillisuuden ja verovelvollisen suosimisen periaatteiden valossa ja toisaalta myös huomioimaan verolainsäädännön jouston tarve.

Tutkimuksessa on tiedonintressinä myös se, miten samat tappioiden vähentämiseen omistajanvaihdostilanteissa liittyvät ongelmat on ratkaistu eri valtioissa. Tästä syystä tutkimuksessa on tarpeen hyödyntää oikeusvertailua. Oikeusvertailussa on kyse tiedonhankinnasta asettamalla rinnakkain erilaiset oikeusjärjestelmät²³. Puhuttaessa oikeusvertailun syvyysasteista Husan mukaan, pyritään tutkimuksessa pääsemään kolmannen asteen vertailun tasolle, jossa yhtäläisyyksiä ja eroja etsitään systemaattisemmin siten, että tarkastelussa on olemassa järjestelmien ulkopuolinen käsitteellinen kehikko. Tiedonintressi on normatiivinen ja hyvin pitkälti yhteneväinen lainopillisen tarkasteluintressin kanssa.²⁴ Koska tarkastelun kohteena on kuitenkin useampi oikeusjärjestys, on väistämätöntä, että vertailun taso tulee jäämään

²¹ Husa ym. 2008, s. 20.

²² Wikström 1997, s. 330, 337-338.

²³ Husa 2013, s. 30.

²⁴ Husa 2013, s. 172-173.

pinnalliseksi. Jotta vertailussa päästäisiin syvemmälle, vertaillaan tutkimuksessa mikrotasolla nimenomaan yksittäisiä tappioiden säilymistä säänteleviä oikeussääntöjä.²⁵

Koska tutkimuksen tavoitteena on selvittää, miten sama tappioilla käytävän kaupankäynnin ongelma on ratkaistu eri oikeusjärjestyksissä, voidaan puhua myös funktionaalisesta oikeusvertailusta. Funktionaalisuus merkitsee sitä, että erilaisista oikeusjärjestelmistä löydettävät ratkaisut täytyy erottaa käsitteellisestä ja kansallisesta kontekstistaan, jotta ne voidaan nähdä puhtaasti funktionaalisena valossa, pyrkimyksenä tyydyttää erityinen oikeudellinen tarve. Parhaimmillaan funktionaalisessa oikeusvertailussa voidaan hakea vastausta siihen, miksi erilaiset maat kohtaavat saman tarpeen erilaisin tavoin.²⁶ Tässä tutkimuksessa funktionalismia hyödynnetään lähinnä tutkimusasetelman hahmottamisessa, eikä kovin syvällisiä tulkintoja siitä, miksi samaan ongelmaan on Suomessa, Ruotsissa ja Saksassa vastattu erilaisilla säännöillä, pystytäkään tämän tutkimuksen rajoissa esittämään.

Koska kyseessä on ensisijaisesti oikeusdogmaattinen työ, käytetään tutkimuksessa lähteinä kunkin maan tuloverotusta koskevaa lainsäädäntöä sekä EU-direktiivejä. Suomen tuloverolaki (1535/1992, TVL), Ruotsin *inkomstskattelag* (1999:1229, IL) ja Saksan *Körperschaftsteuergesetz* (31.8.1976, KStG) ovat olennaisimpia tiedonlähteitä. Lisäksi yritysjärjestelydirektiivi sekä CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotukset ovat tärkeitä lähteitä. Ruotsin verojärjestelmän tappioita koskevien sääntöjen tulkinnassa on hyödynnetty varsin laajoja lain esitöitä, joista etenkin *Regeringens proposition 1993/94:50* on tutkimuksen kannalta olennainen. Suomessa tappiontasausta koskevat lain esityöt ovat kovin niukkoja, joten TVL:n säännösten tulkinta on muodostunut pitkälti oikeuskäytännössä. Tutkimuksessa tarkastellaan etenkin ratkaisuja KHO 2010:21 ja KHO 2013:167. Saksassa tappioiden vähennysoikeutta rajoittavien sääntöjen soveltamisen osalta saatiin keväällä 2017 perustuslakituomioistuimen ratkaisu 2 BvL 6/11, jolla on niin merkittävä vaikutus voimassaoleviin sääntöihin, että kyseistä ratkaisua tarkastellaan suhteellisen laajasti. Tutkimuksessa hyödynnetään myös tappioiden vähennysoikeuden rajoittamista koskevaa oikeuskirjallisuutta.

Tällaisia lähteitä käytettäessä on kuitenkin huomattava, että tutkimusta varten on käännettävä vieraskielistä lakitekstiä, joka eroaa yleiskielestä. Oikeuskielen ymmärtäminen ei voi tapahtua pelkästään tekstin perusteella, vaan se edellyttää tietoa instituutioista, systematiikasta, normeista, prosesseista, oikeuskulttuurista sekä oikeushistoriasta. Oikeuskielet ovat

²⁵ Husa 2013, s. 126.

²⁶ Uimonen 2011, s. 106.

pitkälti järjestelmäkohtaisia.²⁷ Kielellisesti identtiset juridiset käsitteet voivat sisällöltään tarkoittaa eri asioita eri oikeusjärjestelmässä²⁸. Esimerkkinä tästä on tappion käsite. Suomen verolainsäädännössä tappio määritetään lähtökohtaisesti vähentämällä kyseessä olevan tulolähteen verotuksessa sovellettavan verolain mukaan verovuodelle jaksotettavista veronalaisista tuloista samalle verovuodelle kohdistetut, kyseisen tulolähteen verotuksessa sovellettavan verolain nojalla vähennyskelpoiset menot ja menetykset²⁹. Tappioita ei kuitenkaan kaikkialla vahvisteta samalla tavoin kuin Suomessa. Tämä johtaa väistämättä ongelmaan siitä, mitä käsitteellä tappio oikeastaan tarkoitetaan. Eri valtioissa on omaksuttu toisistaan poikkeava tappioiden käsite, erityyppisille tappioille on omanlaisiaan säännöksiä ja menojen vähennyskelpoisuudessa on eroja. Edes yritysjärjestelydirektiivissä³⁰ ei ole tappion määritelmää. On kuitenkin yleisesti oletettu, että yritysjärjestelydirektiivissä tappioilla viitataan elinkeinotoiminnan tappioihin. Se, miten elinkeinotoiminnan voitot tai tappiot lasketaan eri jäsenvaltioissa, voi kuitenkin vaihdella.³¹ Tässä tutkimuksessa käytetään termiä tappio sen yleisessä merkityksessä siten, että sillä ei tarkoiteta minkään tietyn valtion omaksumaa tappion määritelmää. Keskityttäessä suomalaista järjestelmää suhteellisen lähellä oleviin Ruotsin ja Saksan oikeusjärjestelmiin voidaan käyttää termejä, kuten tappio tai konserni siten, että niillä tarkoitetaan jokseenkin samaa asiaa.

1.4. Tutkimuksen rakenne

Tässä osassa on esitelty tutkimuksen tavoitteet, tutkimusmenetelmä ja käytettävät lähteet. Seuraavaksi tutkimuksen toisessa osassa käsitellään tappioiden vähennysoikeuden rajoittamista koskevia sääntöjä tilanteessa, jossa yhtiön omistus vaihtuu osakekaupan seurauksena. Tarkastelun kohteena on Suomen, Ruotsin ja Saksan lainsäädäntö. Lisäksi käsitellään myös CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten tappioiden vähentämisöikeuteen liittyviä sääntöjä. Tarkoituksena on muodostaa käsitys siitä, millaisin tavoin tappioilla käytävän kaupankäynnin ongelmaan on eri maissa puututtu.

²⁷ Husa 2013, s. 238–239.

²⁸ Lorz ym. 2009, s. 8.

²⁹ Nuotio 2012, s. 8.

³⁰ Neuvoston direktiivi 2009/133/EY, annettu 19 päivänä lokakuuta 2009, eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä.

³¹ Calleja Borg 2011, s. 558.

Tutkimuksen kolmannessa osassa siirrytään käsittelemään sulautuvan yhtiön tappioiden siirtymistä vastaanottavalle yhtiölle. Tarkastelun kohteena ovat jälleen Suomen, Ruotsin ja Saksan järjestelmät, mutta sulautumisten osalta on tarpeen tarkastella erikseen myös rajat ylittäviä tilanteita, koska toisin kuin osakekaupoissa, rajat ylittävissä sulautumisissa tappioiden vähennysoikeus poikkeaa puhtaasti kotimaisista tilanteista. Kolmannessa osassa käsitellään lyhyesti myös yritysjärjestelydirektiivin tappioita koskevia säännöksiä ja tarkastellaan, miten CCCTB-järjestelmässä on huomioitu tappioiden siirtyminen sulautumisissa.

Lopuksi tutkimuksen neljännessä osassa kootaan yhteen toisaalta omistajanvaihdostilanteita ja toisaalta sulautumistilanteita koskevat tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset. Tarkoituksena on arvioida sääntöjä etenkin niiden neutraalisuuden ja oikeudenmukaisuuden näkökulmasta. Viimeisessä osassa vertaillaan kootusti Suomen, Ruotsin ja Saksan verojärjestelmiä vähennysoikeuden rajoitusten kannalta ja pyritään arvioimaan, toteutuuko jossakin näistä sääntöjen neutraalisuus ja oikeudenmukaisuus paremmin kuin toisissa.

2. TAPPIOIDEN VÄHENNYSOIKEUS OSAKEKAUPAN YHTEYDESSÄ

2.1. Tappioiden vähennysrajoituksista omistajanvaihdostilanteissa

Useat valtiot ovat asettaneet rajoituksia yhtiöiden tappiontasausoikeudelle tilanteissa, joissa yhtiön koko osakekanta tai osa siitä vaihtaa omistajaa. Rajoitusten taustalla on ennen kaikkea verotulonäkökohdat, sillä rajoituksilla pyritään estämään tilanteet, jossa tappiollinen yhtiö hankitaan pikemminkin tappioiden hyödyntämiseksi ja verotettavan tulon pienentämiseksi kuin liiketaloudellisista syistä. Nämä rajoitukset koskevat yleensä vastaavalla tavalla tilanteita, joissa uusi omistaja on ulkomaalainen kuin kotimainen.³² Toisaalta, kun tappioiden vähentämiseen kohdistuu oikeudellisia rajoituksia, yritykset saattavat pyrkiä kiertämään niitä. Mikäli rajoitusten kiertäminen johtaa ristiriitaan verojärjestelmän tavoitteiden kanssa, voivat kokonaisvaikutukset olla negatiivisia. Siksi sääntelyä analysoitaessa on tärkeää ymmärtää tappioiden vähennysrajoitusten taustalla vaikuttavat tavoitteet.³³

Tappioilla käytävään kaupankäyntiin liittyvän veron välttämisen estämiseksi on eri valtioissa säädetty tappioiden vähennysoikeuden rajoituksista erilaisin perustein. Yleisimmät vähennysoikeuden menettämiseen tai rajoittamiseen johtavat säännöt voidaan luokitella kolmeen erityyppiseen perusteeseen: 1) oikeushenkilön muutokseen perustuvat säännöt (*change of identity rules*) 2) liiketoiminnan muutokseen perustuvat säännöt ja 3) omistajanvaihdossäännöt. Oikeushenkilön muutokseen liittyvät säännöt viittaavat muutoksiin yhtiön omistuksessa, erilaisiin uudelleenjärjestelyihin, sulautumisiin, jakautumisiin ja purkautumisiin. Säännöt, jotka rajoittavat tappioiden käyttämistä perustuen liiketoiminnan muutokseen viittaavat tyypillisesti tilanteisiin, jossa yhtiön liiketoiminta lakkaa kokonaan sekä yhtiön tarkoituksen ja toimialan täydelliseen muuttamiseen. Tappioiden säilymistä ei kuitenkaan yleensä rajoiteta tilanteessa, jossa yhtiö on pelkästään muuttanut liiketoimintaansa. Voidaan-kin kysyä, onko toiminnan muuttaminen ylipäättänsä riittävän peruste tappioiden rajoittamiselle. Useimmat valtiot edellyttävät merkittävämpää muutosta, jotta tappioiden vähentäminen estyisi. Siksi omistajanvaihdos onkin tyypillisin rajoitussääntöjen perusta. Kuitenkin tilanteet, jolloin omistajanvaihdoksen voidaan katsoa tapahtuneen, on määritelty eri valtioiden lainsäädännöissä eri tavoin.³⁴

³² Bezzina 2002, s. 58.

³³ Russo – Petzold 2012, s. 23.

³⁴ Post – Stals 2012, s. 237.

EU-maissa nimenomaan omistajanvaihdos on omaksuttu tappioiden vähennysrajoitusten perustaksi. Lähes kaikissa EU-valtioissa on voimassa jonkinlainen tappioiden vähentämistä omistajanvaihdostilanteissa koskeva säännöstö, mutta säännöt ovat vaihtelevia ja usein hallinnollisesti monimutkaisia. Osa valtioista määrittää omistajanvaihdoksen tapahtuneen, kun tietty määrä tappioyhtiön osakkeita on vaihtanut omistajaa. Vaaditut prosenttiosuudet, jotka saavat aikaan omistajanvaihdoksen vaihtelevat 30 %:n ja 75 %:n välillä. Yleisesti ottaen vain suorissa osakeomistuksissa tapahtuneita muutoksia on pidetty lainsäädännössä omistajanvaihdoksina, mutta joissakin valtioissa myös epäsuorat omistajanvaihdokset voivat laukaista omistajanvaihdosrajoituksia. Toiset maat ovat puolestaan hyödyntäneet määräysvallan käsitettä omistajanvaihdoksen määrittelemiseksi. Määräysvalta on tässä yhteydessä abstrakti käsite ja perustuu usein kirjanpidolliseen määräysvallan käsitteeseen. Lisäksi omistajanvaihdos voidaan määrittää myös yhtiön osakepääoman tai äänivallan perusteella.³⁵

Myös tappioiden vähennysoikeuden rajoitussääntöihin liittyvät poikkeukset vaihtelevat eri maissa. Joissakin maissa verovelvollisilla on mahdollisuus osoittaa, että transaktion taustalla ovat puhtaasti liiketaloudelliset perusteet eikä kauppaa siten ole tehty verojen välttämistarkoituksessa. Tällöin omistajanvaihdostilanteita koskevat rajoitukset eivät päde. Varsin tyyppillisesti on myös säädetty poikkeuksista tappioiden vähentämisrajoituksiin esimerkiksi tilanteissa, joissa on kyse yritysryhmän sisäisistä uudelleenjärjestelyistä.³⁶

Koska kaikissa valtioissa rajoitussääntöjen taustalla on ajatus tappioilla käytävän spekulatiivisen kaupankäynnin estämisestä, ja toisaalta samaan aikaan pyrkimys olla estämättä liiketaloudellisin perustein tehtyjä transaktioita, on hedelmällistä vertailla sitä, miten eri maissa on ratkaistu nämä ongelmat. Olennaisia kysymyksiä ovat etenkin se, milloin omistajanvaihdoksen katsotaan tapahtuvan, onko yhtiöllä mahdollisuutta saada tappiot vähennetyksi omistajanvaihdoksesta huolimatta, mikäli se voi osoittaa transaktiolle liiketaloudellisia perusteita, sekä sovelletaanko rajoitussääntöjä myös konsernin sisäisissä järjestelyissä. Näitä kysymyksiä tarkastellaan seuraavaksi Suomen, Ruotsin, Saksan ja CCCTB-järjestelmän säännösten valossa. Koska omistajanvaihdostilanteissa tappioiden rajoitussäännökset eivät pääsääntöisesti tee eroa ulkomaisen ja kotimaisen ostajan välillä, ei ole tarpeen erotella rajat ylittäviä tilanteita kotimaisista. Siten esimerkiksi tilanteessa, jossa ulkomainen yhtiö hankkii

³⁵ Post – Stals 2012, s. 238.

³⁶ Post – Stals 2012, s. 238.

suomalaisen yhtiön tytäryhtiökseen, tappiot menetetään samoin edellytyksin kuin jos ostajayhtiö olisi kotimainen.

2.2. Tappioiden vähennysrajoitukset Suomen tuloverolaissa

2.2.1. TVL 122 §:n tarkoittama omistajanvaihdos

Suomalaisessa tappiontasausjärjestelmässä tappioita vähennetään sitä mukaa kun verovelvolliselle syntyy sellaista tuloa, josta tappio on vähennettävissä. Vahvistetut tappiot vähennetään seuraavien vuosien tuloista siinä järjestyksessä, jossa ne ovat syntyneet ja sitä mukaa kun verotettavaa tuloa syntyy. Käytössä on siten *carry-forward* -järjestelmä. Vahvistettua tappiota vähennetään viran puolesta aina kun verotettavaa tuloa on syntynyt (VML 26 e §). Tappioita ei kuitenkaan voida vähentää rajoittamattomasti, vaan tappio vähennetään tulolähdekohtaisesti seuraavan 10 verovuoden aikana sitä mukaa kuin tuloa syntyy (TVL 119 ja 120 §).³⁷

Omistajavaihdostilanteita koskee TVL 122 §:n 1 momentti, jonka nojalla yhteisön ja elinkeinoyhtymän tappiota ei vähennetä, jos tappiovuoden aikana tai sen jälkeen yli puolet yhteisön tai elinkeinoyhtymän osakkeista tai osuuksista on muun saannon kuin perinnön tai testamentin vuoksi vaihtanut omistajaa tai yli puolet sen jäsenistä on vaihtunut. Edelleen, jos tappiota tuottaneen yrityksen osakkeista tai osuuksista vähintään 20 prosenttia omistavassa yhteisössä tai yhtymässä on tapahtunut vastaava omistajanvaihdos, viimeksi mainitun yhteisön tai yhtymän omistamien osakkeiden tai osuuksien katsotaan vaihtaneen omistajaa. Menettämissääntö koskee lähtökohtaisesti vain listaamattomia yhtiöitä³⁸.

Jotta yhtiö menettäisi TVL 122 §:n säännösten vuoksi oikeutensa tappioiden vähentämiseen, sen omistusrakenteessa on tapahduttava tietyn kynnyksen ylittäviä välittömiä tai välillisiä muutoksia muun saannon kuin perinnön tai testamentin vuoksi. TVL 122 §:n 1 momentissa

³⁷ Myrsky – Malmgren 2014, s. 314, 316. Tulolähdejaosta luopumiseksi on kuitenkin vireillä lainsäädäntöhanke, ks. Valtioneuvosto 2017. Esimerkiksi Immonen (Immonen 2017, s.18) on nostanut esille tulolähdejakoon liittyvän ongelman siitä, että yritykselle syntyy verotettavaa tuloa, vaikka tulolähteiden yhteenlaskettu tulos olisi negatiivinen. Tulolähdejaon vuoksi myös yritysmuodon muutoksissa ja yritysjärjestelyissä tappio saadaan vähentää vain samassa tulolähteessä. Jos toimintaa jatkavalla yhtiöllä ei kuitenkaan ole vastaavaa tulolähdettä, järjestelyssä ehkä muutoin siirtyvää tappiota ei voi vähentää.

³⁸ TVL 122.2 §:n mukaan pörssilistalle otetun yhtiön tappio vähennetään 1 momentin estämättä, jos yhtiön muista kuin säännellyllä markkinalla kaupankäynnin kohteena olevista osakkeista yli puolet ei ole vaihtanut omistajaa 1 momentissa tarkoitettulla tavalla.

säädetään tappioiden vähennysoikeuden menettämisestä, jos tappiovuoden aikana tai sen jälkeen osakeyhtiön osakkeista yli puolet on vaihtanut omistajaa. Säännöksessä ei kuitenkaan määritetä sitä, miten yli puolet osakkeista lasketaan. Osakeyhtiössä voi olla erilaisia osakkeita, jolloin on mahdollista, että esimerkiksi moninkertaiseen äänioikeuteen oikeuttavia osakkeita luovuttamalla voidaan määräysvalta yhtiössä siirtää osakkaalta toiselle, vaikka määrällisesti luovutettaisiinkin alle puolet osakkeista. Ratkaisussa KHO 3.7.1985 T 2922 on kuitenkin katsottu, että nimenomaan osakkeiden määrä on tässä yhteydessä ratkaiseva, ei äänimäärä.³⁹

On huomattava, että TVL 122 §:n 1 momentin ilmaus kattaa myös vaiheittaiset muutokset yhtiön omistusrakenteessa. Omistajaa vaihtaneiden osakkeiden tai osuuksien määrää laskettaessa tulee siten ottaa huomioon kaikki tappion syntymisvuonna ja sen jälkeen tapahtuneet omistusmuutokset.⁴⁰ Verohallinnon ohjeessa kuitenkin todetaan, ettei samoilla osakkeilla tehtyjä kauppvoja huomioida kuin kerran kutakin tappiovuotta tarkasteltaessa. Ohjeessa selvennetään edelleen, että yhden osakkaan omistusosuuden säilyessä koko ajan 50 prosentin suuruisena, ei vähemmistöosakkaiden omistuksissa tapahtuvilla muutoksilla ole vaikutusta tappioiden vähennysoikeuteen.⁴¹

TVL 122 §:n mukaan myös, jos tappiota tuottaneen yrityksen osakkeista tai osuuksista vähintään 20 prosenttia omistavassa yhteisössä tai yhtymässä on tapahtunut vastaava omistajanvaihdos, viimeksi mainitun yhteisön tai yhtymän omistamien osakkeiden tai osuuksien katsotaan vaihtaneen omistajaa. Tämä välillisiä omistajanvaihdoksia koskeva säännös on otettu tuloverolakiin vuonna 1995. Aikaisemmin omistajanvaihdokseen liittyviä rajoituksia kierrettiin järjestämällä omistus välilliseksi, jolloin yhtiön tosiasiallinen omistajanvaihdos voitiin hoitaa väliin sijoitetun omistajayhtiön myynnillä. Lainmuutoksella haluttiin huomioida myös tällaiset osakkaiden omistussuhteissa tapahtuneet muutokset.⁴²

³⁹ Nuotio 2007, s. 355–356.

⁴⁰ Luovutusten kumulatiivisesta vaikutuksesta on annettu ennakkoratkaisut KVL 14.3.1994 nro 76 ja KVL 18.8.1997 nro 159. Näistä tarkemmin esim. Nuotio 2012, s. 164.

⁴¹ Verohallinnon ohje: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos.

⁴² HE 131/1995 vp s. 19.

2.2.2. Poikkeuslupa tappioiden vähentämiseksi

Ei ole tarkoituksenmukaista estää tappioiden vähennysoikeutta aina kun yrityksen omistuksessa on tapahtunut edellä kuvattu omistajanvaihdos. Verolainsäädäntö estäisi tällöin tappiollisen yrityksen kannalta tarpeelliset omistusjärjestelyt esimerkiksi silloin, kun yhtiö tarvitsee toimintansa jatkamiseen lisää rahoitusta ja rahoituksen edellytyksenä on, että rahoittaja saa osakasaseman yhtiössä. Tämän vuoksi on tärkeää, että omistajanvaihdoksen aiheuttaneen toimen syyt voidaan huomioida kyseessä olevan tappiollisen yhtiön verotuksessa. Näin ollen TVL 122 §:n 3 momentissa on säädetty, että Verohallinto voi erityisistä syistä, milloin se yhteisön tai yhtymän toiminnan jatkumisen kannalta on tarpeen, hakemuksesta myöntää oikeuden tappion vähentämiseen. TVL 122 §:ssä ei ole kuitenkaan määritelty, millaiset olosuhteet voisivat muodostaa lainkohdassa tarkoitetun erityisen syyn. Epäselväksi yksinomaan säännöksen sanamuodon perusteella jää myös edellytys tappion tarpeellisuudesta hakijayhtiön toiminnan jatkumisen kannalta.⁴³

TVL 122 §:n 3 momentin sanamuoto onkin jättänyt veroviranomaiselle harkintavaltaa. Lainkohdassa todetaan, että Verohallinto voi myöntää luvan, mutta säännöstä ei ole muotoiltu siten, että lupa tulisi aina tiettyjen edellytysten täytyttyä myöntää. Edellytykset, jolloin lupa voidaan myöntää, on jätetty ilmeisesti myös viranomaisen harkinnan piiriin, sillä lainkohdan mukaan luvan on paitsi oltava yrityksen toiminnan jatkumisen kannalta tarpeen, sen myöntämiselle on myös oltava erityisiä syitä. Lain esityötkään eivät tarjoa merkittävää tulkinta-apua käsitteiden merkitykselle, sillä niissä puhutaan vain tappioilla käytävän spekulatiivisen kaupankäynnin rajoittamisesta⁴⁴.

Erityisten syiden ja poikkeusluvan tarpeellisuuden määrittäminen on näin ollen jäänyt oikeuskäytännön varaan. KHO onkin ottanut näihin kantaa useammassa ratkaisussaan⁴⁵. Ongelmana on ollut se, että veroviranomainen on oman harkintavaltansa piirissä luonut ohjeita

⁴³ Nuotio 2014, s. 273–274.

⁴⁴ Tappioiden vähentäminen omistajanvaihdostilanteissa ei tappiontasauksesta tuloverotuksessa annetun lain (362/1968) 6 §:n mukaan ollut lainkaan mahdollista. HE 173/1967 vp:n perustelujen mukaan rajoituksen tarkoituksena oli estää tappiollisten osakeyhtiöiden osakkeiden muodostuminen kauppatavaraksi. Poikkeuslupajärjestelmä otettiin lakiin vuonna 1979 ja säännöksen sanamuoto on poikkeusluvan myöntämisen edellytysten osalta pysynyt siitä lähtien saman sisältöisenä. Komiteanmietinnössä 1978:44 todettiin muun muassa, että erityisesti tappiota tuottaneiden yritysten omistussuhteiden muuttaminen oli yritysten toiminnan jatkumisen ja työllistämismahdollisuuksien säilymisen kannalta tarpeettoman vaikeaa. Toimikunta piti perusteltuna, että tappio voitaisiin vähentää myös yrityksen omistusrakenteen muuttuessa edellyttäen, että yrityksen toiminta jatkuu olennaisesti entisellään.

⁴⁵ Näistä tärkeimpiä esim. KHO 2006:53, KHO 2010:21, KHO 2013:167 ja KHO 2013:178.

siitä, miten TVL 122 §:n 3 momentin edellytyksiä tulisi tulkita, eikä lupaa ole myönnetty, mikäli hakemuksessa ei ole vedottu viranomaisen esimerkkiluettelossa nimenomaisesti mainittuun erityiseen syyhyn. KHO on omassa käytännössään⁴⁶ viitannut veroviranomaisen antamiin ohjeisiin, joten niiden tulkintavaikutus on ilmeisen suuri.

Myös ratkaisussa KHO 2010:21 hallinto-oikeus oli hylännyt verovelvollisen poikkeuslupahakemusta koskevan valituksen vedoten silloisen Verohallituksen ohjekirjeeseen. Tapauksessa A Oy:ssä oli tapahtunut tuloverolain 122 §:n 1 momentissa tarkoitettu välillinen ja välitön omistajanvaihdos, kun ensin saksalainen A GmbH oli ostanut A Oy:n hollantilaisen emoyhtiön D BV:n osakekannan kokonaan ja tämän jälkeen ruotsalainen A AB oli ostanut A Oy:n osakekannan osana konsernin sisäistä omistusjärjestelyä. Poikkeuslupahakemus hylättiin, koska Verohallituksen ohjekirjeessä ei ollut erityisenä syynä mainittu toiminnan laajentamista yritysostoin. KHO kuitenkin katsoi, että omistajanvaihdoksille oli ollut liiketaloudellisia syitä, sillä yhtiön asemaa markkinoilla oli mahdollista vahvistaa omistusjärjestelyjen myötä, ja yhtiön toimintaa pyrittiin jatkossa kehittämään, tehostamaan ja laajentamaan. Kun lisäksi otettiin huomioon, että hakemuksen kohteena olevien tappioiden määrää ei ollut pidettävä vähäisenä, tappioiden vähentämisen katsottiin olevan tarpeen yhtiön toiminnan jatkumisen kannalta.

Poikkeuslupasääntelyn viranomaisille suoma harkintavalta johti suomalaisen sääntelyn tutkimiseen EU:n tasolla potentiaalisen valtiontukiluonteensa vuoksi. Verotukseen liittyvä toimenpide voidaan katsoa kielletyksi valtiontueksi, jos sen tarkoituksena on vapauttaa tietyn toimialan yritykset yleisen verojärjestelmän mukaisista maksuista ilman, että vapautusta voitaisiin perustella verojärjestelmän luonteella tai rakenteella. Tappiontasaussäännökset voivat olla tällaisia, jos tiettyjen yritysten on helpompi siirtää tappioiden hyväksikäyttöä eteenpäin tuleville vuosille kuin toisten. TVL 122 §:n ongelma tästä näkökulmasta on veroviranomaisen harkintavalta yksittäistapauksissa. Poikkeuslupakäytäntö on ollut verotoimistokohtaista, mikä on korostanut menettelyn valikoivuutta. Jotkut verotoimistot ovat saattaneet antaa poikkeusluvan helpommin kuin toiset, ja tällainen valikoiva käytäntö voi olla kiellettyä valtiontukea.⁴⁷

⁴⁶ Ks. esim. ratkaisun KHO 2006:53 perustelut, joissa todetaan seuraavaa: ”Verohallitus on antamassaan ohjeistuksessa (Ohjekirje 14.2.1996 dnro 634/348/96, tiedote 2/1999, 17.2.1999 ja 12/1999, 13.9.1999) lausunut, että niin sanotun valmisyhtiön osto voidaan katsoa tuloverolain 122 §:n 3 momentissa tarkoitetuksi erityiseksi syyksi, kun uudella yrityksellä ei ole ollut mitään toimintaa ennen omistajanvaihdosta.”

⁴⁷ Torkkel – Äimä 2012, s. 63–63.

EUT antoi 18.7.2013 ratkaisun C-6/12, P Oy. EUT toteaa tuomiossaan ensinnäkin, että suomalaisen poikkeuslupajärjestelmän kaltainen verojärjestelmä voi täyttää kielletyn valtion-tuen käsitteen. Tällöin on kuitenkin osoitettava, että normaali järjestelmä muodostuu TVL 122 §:n 1 momentissa tarkoitettusta kiellosta vähentää tappiot omistajanvaihdostilanteessa ja että kyseisen lainkohdan 3 momentissa säädetty lupajärjestelmä on poikkeus tästä järjestelmästä. Tällainen järjestelmä voi olla oikeutettu sen järjestelmän luonteen ja yleisen rakenteen vuoksi, johon se kuuluu, edellyttäen, että toimivaltaisella kansallisella viranomaisella ei ole tappioiden vähentämiskieltoa koskevan poikkeuslupan osalta sellaista harkintavaltaa, jonka nojalla kyseinen viranomainen voi perustaa lupapäätöksensä verojärjestelmälle vierai-siin kriteereihin. EUT ei kuitenkaan lausunut tästä asiasta riittävien tietojen puuttumisen vuoksi.

Korkein hallinto-oikeus antoi EUT:n tuomion jälkeen oman ratkaisunsa KHO 2013:167. KHO päätyi siihen, ettei TVL 122 §:n 3 momenttia tai 122 §:ää muutoinkaan ole muutettu tavalla, johon EUT:n tuomiossa viitataan. Myöskään Verohallinnon ohjeistuksella ei ole laajennettu järjestelmän soveltamisalaa, eikä tappioiden vähentämistä koskeva hallinto- tai oikeuskäytäntökään ole muuttunut tavalla, josta voitaisiin päätellä soveltamisalan laajentuneen tai sen valikoivuuden lisääntyneen Suomen unionin jäsenyyden aikana. Estettä tappioiden käyttöluvan myöntämiselle ei siten tilanteessa katsottu aiheutuvan unionin oikeuden valtiontukea koskevista määräyksistä.

Nykyinen oikeustila nojaakin selkeästi enemmän omistajanvaihdostilanteita koskevien rajoitussääntöjen tarkoitukseen kuin veroviranomaisen tulkintaohjeisiin. Sekä ratkaisussa KHO 2010:21 että KHO 2013:167 korkein hallinto-oikeus katsoi ”ettei asiassa ole ilmennyt, että tappiot olisivat muodostuneet kauppatavaraksi”. Urpilaisen mukaan tämä tarkoittaa käytännössä samaa asiaa kuin siitä varmistuminen, ettei poikkeuslupan myöntämiseen ei sisälly riskiä väärinkäytöksistä. Näin muotoiltuna ratkaisujen voidaan katsoa sisältävän oikeusohjeen, jonka mukaan omistajanvaihdostilanteissa oikeus tappioiden vähentämiseen on verovelvollisen hakemuksesta pääsääntöisesti myönnettävä, mikäli väärinkäytösten riskiä ei ole olemassa. Verovelvollisen on hakemuksessaan esitettävä tappioiden vähentämisoikeutta puoltavat erityiset syyt, joiden valossa asiaa voidaan arvioida.⁴⁸

⁴⁸ Urpilainen 2013, s. 2.

Myös Nuotio toteaa, että poikkeuslupa olisi myönnettävä, jos tappioiden vähennysoikeuden menetyksen aiheuttaneeseen omistusrakenteen muutokseen ei liity pyrkimystä käydä kauppaa kohdeyhtiön tappioilla. Tämä tarkoittaa käytännössä sitä, että omistusjärjestelyn on perustuttava muuhun pätevään syyhyn eli liiketaloudellisiin syihin. Myöskään tilanteessa, jossa kohdeyhtiöllä on suhteellisen vähäinen määrä tappioita, eikä kyseessä olevaan toimeen ole kannattanut ryhtyä vain näiden vähäisten tappioiden hankkimiseksi, ei voine liittyä pyrkimystä käydä kauppaa kohdeyhtiön tappioilla. Näin on myös tilanteessa, jossa luovutuksen kohteena on emoyhtiö, jolla on useita tytäryhtiöitä, joista vain jollain on vahvistettuja tappioita.⁴⁹

Ratkaisut KHO 2010:21 ja KHO 2013:167 tukevat osaltaan tulkintaa, jonka mukaan lupa tappioiden vähentämiseen voidaan jättää myöntämättä vain erityisissä olosuhteissa. Tällainen tilanne voisi tulla kyseeseen esimerkiksi jos luovutettava yhtiö on lopettanut toimintansa ja sen arvo perustuu lähinnä sen tappioiden pohjalta laskettavissa olevaan verohyötyyn. Tällöin luovutuksensaajana tulisi lisäksi olla aiempaan omistajakuntaan nähden ulkopuolisena pidettävä taho, joka pyrkii käyttämään tappioita sellaisessa toiminnassa, joka on tappiota tuottaneen yhtiön toiminnasta poikkeavaa toimintaa. Näin ollen lupaa ei lähtökohtaisesti voida jättää myöntämättä konsernin sisäisessä oikeustoimessa luovutetulle konserniyhtiölle pelkästään sen takia, että kyse on toimimattomasta yhtiöstä.⁵⁰

Ratkaisussa KHO 2010:21 erityiset syyt rinnastettiin käytännössä liiketaloudellisiin, verotuksesta riippumattomiin syihin, jotka voivat olla muitakin kuin veroviranomaisen ohjeissa nimenomaisesti mainittuja. Viimeistään niin kutsuttu valtioneuvoston ratkaisu KHO 2013:167 ohjasi tulkintakäytäntöä siihen suuntaan, että erityisten syiden painoarvo on lähinnä sen arvioimisessa, onko omistajanvaihdostilanteessa riskiä väärinkäytöksistä, mikäli poikkeuslupa myönnetään. Ratkaisusta voidaan päätellä, ettei erityisiä syitä pitäisi enää tulkita veroviranomaisen antamaksi luetteloksi tilanteista, joissa lupa voidaan myöntää. Lisäksi jo ratkaisusta KHO 2006:53 kävi ilmi, että tappioiden vähentämisoikeus on yhtiön toiminnan jatkamisen kannalta tarpeen käytännössä silloin, kun yhtiö ylipäättään jatkaa toimintaansa. Voidaan siis sanoa TVL 122.3 §:n tulkinnan muodostuneen oikeuskäytännössä lain sanamuotoa joustavamaksi. Lisäksi Verohallinnon poikkeuslupia koskeva ohjeistus on 20.12.2016 päivitetty vastaamaan oikeuskäytännössä muodostuneita kriteerejä. Ottaen huomioon, että lainsäätäjän

⁴⁹ Nuotio 2014, s. 279.

⁵⁰ Nuotio 2014, s. 281–282.

alkuperäinen tarkoitus oli nimenomaan kaupankäynnin estäminen tappiollisten yhtiöiden osakkeilla, on säännöksen vapaampi tulkinta perusteltua.

2.3. Omistajanvaihdos ja tappiot Ruotsissa

2.3.1. Omistajanvaihdoksen käsite Ruotsin tuloverolaissa

Ruotsissa tappiontasausta sääntelee *inkomstskattelag* (1999:1229, IL). IL 40 luvun 2 §:stä ilmenevän pääsäännön mukaisesti vahvistetut tappiot saadaan vähentää seuraavien verovuosien verotettavista tuloista ilman aikarajoituksia. Ruotsissakin on siten käytössä *carry-forward* -järjestelmä, joskin IL 30 luvun mukaisten jaksotusvarausten (*periodiseringsfond*) avulla voidaan päästä lähelle taannehtivaa tappiontasausoikeutta vastaavaa taloudellista tilannetta. Yhtiö voi IL 30 luvun 5 §:n nojalla tehdä voitollisina verovuosina jaksotusvarauksen, jonka määrä voi olla enintään 25 prosenttia verotettavasta tulosta, ja purkaa tehtyä varasta IL 30 luvun 7 §:n mukaisesti kuuden vuoden ajan.⁵¹

Tappioiden vähennysoikeutta on kuitenkin myös Ruotsissa rajoitettu tilanteissa, joissa omistusrakenteissa tapahtuu muutoksia. Tällaisia ovat IL 40 luvun 10–14 §:ien mukaisesti tilanteet, joissa toinen yhtiö saa määräysvallan tappioyhtiössä tai sen emoyhtiössä, luonnollinen henkilö tai 40 luvun 11 §:ssä määritelty muu subjekti saa määräysvallan tappioyhtiössä tai sen emoyhtiössä, ryhmä luonnollisia henkilöitä saa 40 luvun 12 §:ssä määritetyllä tavalla määräysvallan tappioyhtiössä tai sen emoyhtiössä, tai tappioyhtiö tai sen emoyhtiö saa määräysvallan toisessa yhtiössä. Lain esitöissä on todettu, että IL 40 luvun säännösten tarkoituksena on olla omistajanvaihdosten suhteen veroneutraaleja ja toisaalta estää sellaisia omistajanvaihdoksia, jotka eivät ole liiketaloudellisesti perusteltuja.⁵²

Omistajanvaihdoksiin liittyvät rajoitussäännöt aktualisoituvat siis kun uusi omistaja saa määräysvallan tappioyhtiössä tai tappioyhtiö saa määräysvallan toisessa yhtiössä. Määräysvallan hankkimisella tarkoitetaan IL 40 luvun 5 §:n mukaan tytäryhtiösuhteen muodostumista Ruotsin osakeyhtiölainsäädännön näkökulmasta. *Aktiebolagslagenin* (2005:551) 1 luvun 11 §:n mukainen määräysvalta kohdeyhtiössä syntyy, kun osakkeenomistaja yksin tai yhdessä muiden konsernin yhtiöiden kanssa omistaa enemmän kuin puolet kohdeyhtiön

⁵¹ Bogdan 2010, s. 102.

⁵² Regeringens proposition 1993/94:50 s. 260.

kaikkien osakkeiden äänimäärästä, osakassopimuksen perusteella määrää yli puolesta kaikkien kohdeyhtiön osakkeiden äänimäärästä, saa nimittää tai erottaa yli puolet hallituksen jäsenistä tai käyttää yksin määräysvaltaa kohdeyhtiössä yhtiön kanssa tehdyn sopimuksen, yhtiöjärjestysmääräyksen tai muiden vastaavien sääntöjen perusteella. Tappioiden vähentämistä koskevien määrällisten rajoitusten kytkeytyessä määräysvallan saavuttamiseen, eivät rajoitukset IL 40 luvun 10 §:n nojalla koske tilanteita, joissa määräysvallan tappiollisessa yhtiössä hankkiva yhtiö on jo ennen osakekauppaa ollut osa samaa konsernia.

Ruotsin tuloverolainsäädännössä sekä välittömät että välilliset omistajanvaihdot ovat tappioiden kannalta merkityksellisiä. Mikäli kuitenkin yhtiö tai yksityishenkilö omistaa tappiollisen yhtiön emoyhtiön, ja tappioyhtiön osakkeet siirtyvät järjestelyn seurauksena suoraan emoyhtiön omistajan omistukseen, ei omistajanvaihdosta katsota tapahtuvan tappionvähennyssääntöjen merkityksessä. Tällöin ylempi yhtiö tai yksityishenkilö on käyttänyt aiemmin välillistä määräysvaltaa tappioyhtiössä ja saa järjestelyllä välittömän määräysvallan, eikä kyseessä ole uuden subjektin saama määräysvalta. Toisaalta, jos yksityishenkilön omistama tappioyhtiö siirtyy saman yksityishenkilön omistaman toisen yhtiön omistukseen, on kyseessä IL 40 luvussa tarkoitettu omistajanvaihdos. Sitä, että määräysvalta välillisesti säilyy samalla yksityishenkilöllä, ei oteta huomioon.⁵³ Tämä on todettu myös *Skatterättsnämnden* ennakkoratkaisussa SRN 2007-02-12, jossa perhe omisti noin 76 prosenttia osakepääomasta ja 89 prosenttia äänistä N AB:ssa. Perhe aikoi osakevaihdoilla luovuttaa omistuksensa N AB:ssa toiselle perheen kokonaan omistamalle yhtiölle, Nyab:lle. N AB:n kokonaan omistama tytäryhtiö X AB oli tapauksessa tappioyhtiö. Ratkaisun mukaan kyse oli tappioiden vähennysrajoituksen aikaansaavasta luovutuksesta, sillä perheen omistamien osakkeiden luovutuksen kautta uusi yhtiö saisi määräysvallan X Ab:ssa.

2.3.2. Tappioiden vähennysoikeuden määrällinen rajoittaminen

Ruotsissa tappioiden vähennysrajoitusten kannalta keskeisiä termejä ovat *beloppsspärr* ja *koncernbidragsspärr*. Tässä tutkimuksessa ensimmäisestä käytetään nimitystä määrärajoitus ja jälkimmäisestä konserniavustusrajoitus. Määrärajoitus on määritelty IL 40 luvun 15 §:ssä. Sen mukaan tappioyhtiö ei saa vähentää omistajanvaihdosvuotta edeltäviltä vuosilta vahvistettuja tappioita siltä osin kuin tappiot ylittävät 200 prosenttia siitä vastikkeesta, jolla on

⁵³ KPMG 2013, s. 307–308, 313.

hankittu tappioyhtiössä määräysvalta tai sellainen osakeomistus, joka oikeuttaa yli 50 prosentin äänivaltaan tappioyhtiössä. Mikäli on hankittu konserni, jossa on useampia tappioyhtiöitä, jaetaan vähennyskelpoisten tappioiden määrä konserniyhtiöiden kesken niistä maksettujen vastikkeiden suhteessa. Käytännössä Ruotsin säännökset merkitsevät sitä, että yrittäjäkaupassa kohteena olevan yhtiön osakkeista on maksettava tietty vähimmäishinta, jotta tappioita ei menetettäisi. Jos kauppahinta jää liian alhaiseksi, seurauksena on yllä kuvatulla tavalla, että kaupan kohteena oleva yhtiö osittain menettää oikeutensa tappioidensa vähentämiseen.⁵⁴

Kaupasta maksettava vastike on siten Ruotsin tappionvähennysrajoituksia tulkittaessa olennainen käsite. Koska IL 40 luvun 15 §:n ilmaus määräysvallan hankkimisesta aiheutuneesta menosta, ”*utgiften för att förvärva det bestämmande inflytandet över underskottsforetaget*”, on jokseenkin tulkinnanvarainen, on Ruotsissa jouduttu ottamaan kantaa useisiin erilaisiin käytännön soveltamistilanteisiin. Ruotsin korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun HFD 2014 ref. 67 mukaan määrärajoitusta sovellettaessa hankintamenoksi määräysvallan hankkimisesta tappioyhtiössä katsotaan vain sellaisen kaupan kauppahinta, jonka seurauksena saavutetaan määräysvalta kohdeyhtiössä. Näin ollen, jos osakas on jo aiemmin hankkinut yli puolet tappioyhtiön osakkeista ja hankkii niitä myöhemmin lisää, ei jälkimmäisen kaupan kauppahintaa oteta huomioon vähennyskelpoisten tappioiden määrää laskettaessa.⁵⁵ Ratkaisussa HFD 2016 ref. 16 on edelleen vahvistettu, että määräysvallan hankkimisesta tappioyhtiössä aiheutuneeseen menoon sisältyy myös korvaus, joka on suoritettu ostajayhtiön osakkeina. Jos osakekaupassa maksettava vastike suoritetaan siis esimerkiksi osakkeina, vähennettävissä olevan tappion määrä lasketaan vastikkeena annettujen osakkeiden käyvän arvon perusteella.⁵⁶

IL:n 40 luvun 15 §:n mukaisen määrärajoituksen taustalla on ajatus siitä, että mitä korkeampi vastike tappioyhtiön osakkeista on maksettu suhteessa tappioiden arvoon, sitä pienempi on

⁵⁴ Nuotio 2012, s. 51–52.

⁵⁵ Skatteverket 2011, s. 228–229.

⁵⁶ HFD 2016 ref. 16. Tapauksessa uusi yhtiö, NYAB, aiottiin perustaa antamalla apportiina tappioyhtiön osakkeita. Korvaus apportiomaisuudesta annettaisiin NYAB:n osakkeina. Tuomioistuimen ratkaisusta käy ilmi, että järjestelyä luonnehdittiin vaihdoksi, jossa NYAB:n antamien osakkeiden arvo vastasi tappioyhtiön osakkeiden markkina-arvoa. Ruotsin tuloverotuksessa omaisuuden vaihdossa peruseriaate on, että vastaanotetun omaisuuden hankintamenon katsotaan vastaavan luovutettavan omaisuuden markkina-arvoa. Tuomioistuin katsoi, ettei ole perusteita tulkita termin *utgift* ilmaisussa ”*utgiften att förvärva det bestämmande inflytandet över underskottsforetaget*” tarkoittavan mitään muuta kuin osakkeiden hankintamenoa. Siten NYAB:n perustettaessa antamien osakkeiden arvo tuli laskea tappioyhtiön hankintamenoksi määrärajoitusta sovellettaessa.

määrärajoituksen tarve⁵⁷. Jotta varoja ei siirrettäisi tappioyhtiöön vain tarkoituksessa saada yhtiön arvo ja osakkeista maksettava vastike suuremmaksi ja tätä kautta kasvattaa tappioiden vähennyskelpoista osuutta, on IL 40 luvun 16 §:ssä ohjeistettu määrärajoituksen laskemisessa käytettävän vastikkeen määrittämistä. Lainkohdan mukaan osakkeiden hankintamenoista tulee vähentää pääomasijoitus, joka on tehty tappioyhtiöön tai sen kanssa samaan konserniin kuuluvaan yhtiöön omistajanvaihdosvuotta edeltävinä kahtena verovuonna. Säännön tarkoituksena on estää määrärajoituksen kiertäminen.⁵⁸ Pääomasijoitus itsessään on terminä haasteellinen, sillä sitä ei ole määritetty IL:ssa. Oikeuskäytännössä on kuitenkin todettu pääomasijoituksella tarkoitettavan paitsi osakkeenomistajien tekemiä vastikkeettomia pääomasijoituksia, myös maksullisia osakeanteja ja ehdollisia pääomasijoituksia.⁵⁹

Jotta 16 §:n pääomasijoituksia koskeva sääntö ei vaikuttaisi haitallisesti liiketaloudellisesti perusteltuihin tappioyhtiöiden omistajanvaihdoksiin, on säädetty ns. venttiilisääntö, joka ilmeni alun perin IL 40 luvun 16 a §:stä. Sen mukaan luovutusvastiketta ei pienennetty pääomasijoituksella, mikäli oli selvää, että luovutuksensaaja oli pääomasijoituksen kautta saanut omaisuuden, jonka todellinen arvo vastasi pääomasijoitusta. Kyseinen sääntö katsottiin kuitenkin liian tulkinnanvaraiseksi, ja se onkin vuoden 2017 alusta korvattu uudella 15 a §:llä⁶⁰. 15 a §:n mukaan, mikäli pääomasijoitus joka kokonaan tai osaltaan on johtanut omistajanvaihdokseen, on tehty tappioyhtiöön aikaisintaan omistajanvaihdosvuotta edeltävinä kahtena vuotena, ja luovutuksensaaja on pääomasijoituksen ansiosta saanut omaisuuden, joka on arvoltaan tosiasiallinen ja merkittävä, arvostetaan 15 §:n mukaiseksi hankintamenoiksi joko pääomasijoituksen määrä tai sen omaisuuden arvo, joka vastaa tappioyhtiöstä hankitun osuuden arvoa, sen mukaan kumpi näistä on alempi.⁶¹

IL 40 luvun 15 a §:n hankalasti avautuvaa sääntöä voidaan havainnollistaa esimerkillä. A omistaa X AB:n, jonka tappioiden määrä on 300. X AB:n varallisuuden arvo on 100. B hankkii X AB:n osakkeista 60 %. Jos B hankkii osakkeet osakekaupalla, voidaan kauppahinta arvostaa 60:een (=60 % 100:sta), olettaen että tappioiden määrä ei vaikuta kauppahintaan. X AB:n tappioista säilyy tällöin 120 (=200 % 60:stä). Mikäli B saa 60 % X AB:n osakkeista suunnatun maksullisen osakeannin kautta, eli pääomasijoituksella, merkintähintaan

⁵⁷ Regeringens proposition 1993/94:50 s. 259.

⁵⁸ Regeringens proposition 2016/17:1, s. 235.

⁵⁹ KPMG 2013, s. 309, ks. oikeuskäytännöstä esim. KRNG 2003-04-23, målnr 2680-02.

⁶⁰ IL 40 luvun 16 a §:n kritiikistä ks. esim. Nylén – Sträng 2010.

⁶¹ Regeringens proposition 2016/17:1, s. 235–236.

150 ($150 / [100 + 150] = 60 \%$), säilyy tappioista myös tässä tapauksessa 120 (= 200 % 60:stä). Tämä johtuu siitä, että pääomansijoituksen arvoksi hankintamenoa laskettaessa määritetään joko pääomansijoitus, 150, tai sen omaisuuden arvo, joka vastaa B:n saamaa osuutta X Ab:ssa, 60 (=60 % 100:sta), kumpi näistä on alempi. Omaisuuden arvoa laskettaessa ei pääomansijoitusta lasketa mukaan.⁶²

Määrärajoitukseen ei ole Ruotsissa suhtauduttu täysin kriitikittömästi. Lodin ja von Bahr konkretisoivat rajoitussäännöksen ongelmallisuutta esimerkillä. Mikäli osakeyhtiö A:n vuosittaiset tappiot viitenä perättäisenä vuonna olisivat 200.000 kruunua ja seuraavana viitenä vuonna vuosittaiset voitot taas 200.000 kruunua, vähennettäisiin vanhat tappiot myöhemmistä voitoista. Tällöin nettoverotus jäisi nollassa, mikä vastaisi nettotulosta kymmenen vuoden tarkastelujaksolla. Oletetaan kuitenkin tilanne, jossa A:n omistajalla ei viiden tappiovuoden jälkeen olisi ollut resursseja viedä liiketoimintaa eteenpäin, vaan tämä olisi ollut pakotettu myymään kaikki tai osan osakkeistaan yhtiössä alhaiseen hintaan. Tällainen omistajanvaihdos tarkoittaisi, että vain pieni osa tappioista voidaan hyödyntää vähentämällä ne tulevista voitoista. Tällöin yhtiöön voisi 22 prosentin verokannalla kohdistua jopa 220.000 kruunun ylimääräiset verokustannukset verrattuna siihen, että alkuperäisillä omistajilla olisi ollut itsellään riittävät taloudelliset resurssit kehittää toimintaa eteenpäin.⁶³

2.3.3. *Konserniavustukseen liittyvät rajoitukset*

Toinen omistajanvaihdoksen aikaansaama tappioiden vähennysoikeuden rajoitus on kuvattu IL 40 luvun 18 §:ssä. Tässä tutkimuksessa konserniavustusrajoitukseksi kutsuttavan säännön mukaan tappioyhtiö ei saa vähentää ennen omistajanvaihdosvuotta syntyneitä tappioita enempää kuin summan, joka vastaa verovuoden voittoa ilman vähennettyjä tappioita ja konserniavustuksia. Ne tappiot, jotka konserniavustusrajoituksen vuoksi jäävät verovuonna vähentämättä, voidaan vähentää seuraavana verovuonna, mikäli muita rajoituksia ei ole. Konserniavustusrajoitus on voimassa viisi verovuotta siitä verovuodesta lukien, jona omistajanvaihdos tapahtui. Konserniavustusrajoitusta sovelletaan omistajanvaihdoksiin, joissa määräysvalta tappioyhtiöön on siirtynyt toiselle yhtiölle, tai kun tappioyhtiö tai konserni, johon tappioyhtiö kuuluu, on saanut määräysvallan toisessa yhtiössä. Vastaavalla tavalla kuin määrärajoituksessa, myös tässä rajoituksessa on konsernipoikkeus, eli konserniavustusrajoitusta

⁶² Regeringens proposition 2016/17, s. 236.

⁶³ Lodin – von Bahr 2010, s. 208.

ei sovelleta, mikäli molemmat yhtiöt kuuluivat samaan konserniin jo ennen omistajanvaihdosta.⁶⁴

Konserniavustusrajoitus, toisin kuin määrärajoitus, ei ole lopullinen vaan aikarajoitettu. Omistajanvaihdosvuotta seuraavina viitenä kokonaisena vuotena tappioyhtiö ei saa kuitata vanhaa tappiota uudelta omistajayhtiöltä tai muulta konsernin yhtiöltä vastaanotettua konserniavustusta vastaan. Mikäli tappioyhtiön liiketoiminta kuitenkin tuottaa voittoa omistajanvaihdoksen jälkeen, ei sillä ole estettä kuitata tappiota tätä myöhempää voittoa vastaan.⁶⁵ Konserniavustusrajoituksen välttäminen ei kuitenkaan onnistu siten, että konserniin nähden alun perin ulkopuolinen yhtiö antaisi konserniavustusta voitolliselle, konserniin jo aiemmin kuuluneelle yhtiölle, joka puolestaan antaisi konserniavustuksen edelleen tappiolliselle yritykselle⁶⁶. Konserniavustusrajoituksen tarkoituksena on estää tappioiden hyödyntäminen välittömästi omistajanvaihdoksen yhteydessä⁶⁷.

Suomen tuloverolain 122 §:n 4 momentissa on vastaavanlainen konserniavustuksia koskeva poikkeus. Sen mukaan yhtiö voi vähentää poikkeusluvan nojalla tappion vain siltä osin kuin verovuoden tulo ennen tappion vähentämistä ylittää sen saaman konserniavustuksen määrän. Suomessa ei ole Ruotsin tapaan säädetty aikarajoitusta tai konsernin sisäisiä järjestelyjä koskevaa poikkeusta, vaan Verohallinto voi tämänkin osalta myöntää poikkeusluvan, mikäli konserniavustuksen antamisen edellytykset ovat täyttyneet jo ennen omistajanvaihdosta. Lupa on Verohallinnon ohjeen mukaan haettava joka vuosi erikseen.⁶⁸

Ruotsalaista konserniavustusrajoitusta on kritisoitu, koska se voi vastaavalla tavalla kuin määrärajoitus aiheuttaa tappioyhtiölle, jossa on tapahtunut omistajanvaihdos, suuremman verorasituksen, kuin jos tappioyhtiön alkuperäisillä omistajilla olisi ollut resursseja viedä toimintaa eteenpäin. Laskettuna 10 prosentin diskonttokorolla, laskee tappion vähennysoikeuden arvo noin 60 prosentilla viiden vuoden ajanjakson aikana ennen kuin se saadaan hyödyntää. Mikäli tappioyhtiöllä olisi omistajanvaihdoshetkellä ollut 1.000.000 kruunun vä-

⁶⁴ KPMG 2013, s. 311.

⁶⁵ KPMG 2013, s. 311.

⁶⁶ Nuotio 2012, s. 53.

⁶⁷ Regeringens proposition 1993/94:50, s. 259.

⁶⁸ Verohallinnon ohje: Vahvistettu tappio ja omistajanvaihdos.

hentämättömät tappiot, voi konserniavustusrajoitus merkitä, että todellinen verorasitus kasvaa lähes 160.000 kruunulla.⁶⁹ Voidaankin kysyä, onko viiden vuoden rajoitusaika konserniavustusten osalta ylimitoitettu, ja päästäisiinkö säännöksen tavoitteiden kannalta samaan lopputulokseen myös lyhemmällä rajoitusajalla.

2.4. Omistajanvaihdos ja tappiot Saksassa

2.4.1. Tappiontasauksesta Saksan lainsäädännön mukaan

Saksassa tappiontasaukseen liittyviä sääntöjä löytyy useammasta laista. Näistä tärkeimmät ovat *Körperschaftsteuergesetz* (31.8.1976, KStG), *Einkommensteuergesetz* (16.10.1934, EStG) sekä *Gewerbesteuerengesetz* (1.12.1936, GewStG). Kaikissa näissä on lähtökohtaisesti sallittu tappioiden vähentäminen seuraavien vuosien tuloista ilman aikarajaa, joskin miljoonan euron rajan ylittäviä tuloja koskee tietty minimiverotus. Saksassa on GewStG:tä lukuun ottamatta sallittu myös vahvistettujen tappioiden takautuva vähentäminen, *carry-back*.⁷⁰

Tappioiden takautuva vähentäminen on rajoitettu KStG:n 8 §:ssä ja EStG:n 10d §:ssä yhteen vuoteen ja miljoonaan euroon. Se ei siten ole useimmille yhtiöille kovin tehokas tapa hyödyntää tappioita, sillä määrä on varsin rajallinen ja yhtiö voi vähentää tappioita taannehtivasti vain edeltävän vuoden tuloksesta. Sen sijaan seuraavien vuosien tuloista voidaan KStG:n 8 §:n ja EStG:n 10d §:n nojalla vähentää tappioita rajattomasti. Tässä kohden tulee kuitenkin sovellettavaksi niin kutsuttu minimiveroperiaate, joka rajoittaa kokonaisuudessaan tappioilla kuitattavissa olevan tuloksen miljoonaan euroon verovuotta kohden. Yli miljoona euroa ylittävältä osalta tuloksesta voidaan kuitata tappioilla vain 60 % riippumatta siitä, riittäisivätkö edellisten vuosien tappiot kuittaamaan tuloksen kokonaisuudessaan. Minimiveroperiaatteen tarkoituksena on pitkittää tappioiden hyödyntämistä pidemmälle aikavälille, ajan kuluessa kaikki tappiot voidaan kuitenkin lähtökohtaisesti hyödyntää kokonaisuudessaan.⁷¹

Tappion käsitteestä verrattuna Suomen oikeuteen on syytä huomata, että Saksassa tuotot lasketaan käyttämällä nettovarallisuuksien vertailumenetelmää (*Betriebsvermögensvergleich*). Tämän metodin mukaan tuotto määritetään edellisvuoden ja kuluvan vuoden lopun nettova-

⁶⁹ Lodin – von Bahr 2010, s. 208.

⁷⁰ Weiss - Brühl 2017, s. 450.

⁷¹ Weiss - Brühl 2017, s. 450.

rallisuuksien erotuksena (EStG 4(1)). Verotusta varten tätä nettovarallisuuksien erotusta oikaistaan tehtyjen pääomasijoitusten määrällä, koska ne ovat verovapaita, ja toisaalta siihen lisätään yhtiöstä jaetut varat. Nettoarvojen vertailumenetelmässä liiketoiminnan tappio aiheutuu siitä, että nettovarallisuuden arvo tilikauden alussa ylittää nettovarallisuuden arvon tilikauden lopussa. Verotuksellista tappiota vähentävät vähennyskeltottomat menot ja lisäävät verovapaat tulot. Tällaisesta määritystavasta johtuen varojen arvostamisella on merkittävä rooli Saksan verojärjestelmässä.⁷²

2.4.2. Tappioiden vähentämistä rajoittavien sääntöjen kehittyminen Saksassa

Vuosittaisen minimiveroperiaatteen ohella tappioiden vähentämistä rajoittavat Saksassakin omistajanvaihdostilanteisiin liittyvät säännöt, joiden mukaan vahvistetut tappiot voidaan menettää osittain tai kokonaan osakkeiden luovutuksesta johtuen. Laajat tappiontasausmahdollisuudet Saksan oikeudessa johtivat niin kutsuttuihin *Mantelkauf*-operaatioihin, joissa vain verojen välttämiseksi hankittiin ”tyhjiä kuoria” eli yhtiöitä, jotka olivat jo lopettaneet kaiken liiketoimintansa, mutta joilla oli vielä siirtokelpoisia tappioita. Ensimmäisen kerran vuonna 1997 KStG:iin lisättiin sääntö, joka rajoitti sellaisen yhtiön tappiontasausoikeutta, joka ei ollut juridisesti ja taloudellisesti sama kuin se yhtiö, jolle tappiot olivat syntyneet. Uuden säännöksen mukaan yhtiötä ei pidetty samana, jos yli puolet yhtiön omistuksesta oli luovutettu ja jos yhtiö jatkoi toimintaansa tai aloitti sen uudelleen pääosin uudella pääomalla. Vuonna 2008 tämä vanha tappioiden menettämissääntö kumottiin ja KStG:hen lisättiin uusi 8c §:n 1 momentti. Tällä säännöksellä rajoitetaan tappioiden tasausmahdollisuutta tapauksissa, joissa hankinnan kohteena on vähintään 25 prosenttia yhtiön osakkeista.⁷³

KStG 8c §:n 1 momentin ensimmäisen virkkeen mukaan yli 25 % omistusosuuden välitön tai välillinen luovutus viiden vuoden sisällä yhdelle ostajalle tai ostajan lähipiirille johtaa vähentämättömien tappioiden menettämiseen luovutettua prosenttiosuutta vastaavalta määrältä. Siten, jos 35 % osakkeista luovutetaan viiden vuoden sisällä, 35 % tappioista menetetään. Kokonaan tappiot menetetään KStG 8c §:n 1 kohdan 2 virkkeen mukaan, mikäli yli 50 % osakkeista tai vastaavista oikeuksista vaihtaa omistajaa viiden vuoden sisällä. Sillä, luovutetaanko osakkeista 50,1 % vai 100 % ei ole merkitystä, vaan tässä tilanteessa kaikki vahvistetut tappiot menetetään. Lainkohdassa mainitaan tappioiden menettämiseen johtavana

⁷² Perdelwitz 2017.

⁷³ GFKL Financial Services v. komissio tuomion kohdat 3-6.

luovutuksena osakkeiden tai jäsen-, osallistumis- tai äänioikeuksien siirtyminen. Rajoitus- säännöt voivat aktualisoitua myös tilanteessa, jossa yhtiön osakepääomaa korotetaan osake- annin yhteydessä, mikäli osakkeenomistajien omistusosuudet muuttuvat.

Vuoden 2008 verolakiuudistusta kritisoitiin Saksassa laajasti, koska sen katsottiin pahenta- van finanssikriisin vuoksi jo valmiiksi heikossa taloudellisessa tilanteessa olevien yhtiöiden asemaa. Säännösten tarkoitus oli estää tappioilla käytävä kaupankäynti tai tappioiden hyö- dyntäminen veronkiertämistarkoituksessa. Saksalaisten oikeustieteilijöiden keskuudessa katsottiin kuitenkin yleisesti, että säännösten sanamuoto meni huomattavasti pidemmälle kuin tarkoitus lainsäädännön taustalla, koska säännökset johtavat tappioiden menettämiseen myös tilanteissa, joissa on selvää, että veronkiertotarkoitusta ei ole. Brodersen ja Duttiné katsovatkin, että vuonna 2008 voimaantulleet tappioiden vähentämistä rajoittavat säännöt ovat perustuslain vastaisia, sillä niissä ei toteudu perustuslaillinen maksukykyisyysperi- aate.⁷⁴

2.4.3. Valtiontukiratkaisu Saksan poikkeussäännöstä tappioiden säilyttämiseksi

Koska menettämissäännöt katsottiin sellaisinaan turhan rajoittaviksi ja niillä oli haitallisia taloudellisia vaikutuksia, KStG 8c §:n sääntöihin säädettiin varsin pian tiettyjä poikkeuksia. Ensimmäinen varsinainen poikkeus tuli voimaan vuonna 2009, mutta sitä sovellettiin taan- nehtivasti jo verovuoden 2008 alusta. Niin kutsuttu saneerauslauseke mahdollisti tappioiden tasaamisen tietyin edellytyksin myös silloin kun yli 25 % osakkeista vaihtoi omistajaa. Sa- neerauslausekkeen soveltaminen edellyttää KStG 8c §:n 1a momentin mukaan, että osuuk- sien hankinnan tarkoituksena on yrityksen tervehdyttäminen, yritys on hankintahetkellä maksukyvytön tai ylivelkaantunut tai sitä uhkaa maksukyvyttömyys tai ylivelkaantuminen, liiketoiminnan perusrakenteet säilytetään, yritys ei vaihda toimialaa omistusosuuden han- kintaa seuraavien viiden vuoden aikana, eikä yritys ollut lopettanut liiketoimintaansa omis- tusosuuden hankintahetkellä.

Saneerauslauseketta ei kuitenkaan voida enää soveltaa, sillä sen on katsottu olevan EU- oikeuden vastainen. Euroopan komissio antoi 26.1.2011 päätöksen 2011/527/EU, jossa se katsoi saneerauslausekkeen olevan kiellettyä valtiontukea. Komission mukaan Saksan halli- tuksen yrityksille myöntämä mahdollisuus keventää yhteisöverorasitustaan tappiontasauk- sella johti valtion verotulojen menetyksiin ja oli siten myönnetty valtion varoista. Komissio

⁷⁴ Brodersen – Duttiné 2010, s. 308.

totesi lisäksi, että tuki myönnettiin lain nojalla ja että näin ollen valtio vastasi siitä. Komissio katsoi, että saneerauslausekkeella otettiin käyttöön poikkeus pääsäännöstä, jonka mukaan omistajanvaihdos johtaa tappioiden menettämiseen. Lauseke oli näin omiaan antamaan sellaisen valikoivan edun, jota ei voitu oikeuttaa järjestelmän luonteella eikä sen yleisellä rakenteella. Näin oli komission mukaan siksi, että saneerauslausekkeella pyrittiin ratkaisemaan finanssikriisistä johtuvia ongelmia eli sen tavoite oli verojärjestelmän ulkopuolinen. Edelleen komissio totesi, että saneerauslauseketta sovellettiin kaikilla Saksan talouden aloilla, jotka lähes kaikki toimivat kilpailulle avoimilla markkinoilla, joilla käytiin jäsenvaltioiden välistä kauppaa. Toimenpide oli näin ollen omiaan vaikuttamaan unionin sisäiseen kauppaan ja vääristämään kilpailua. Komission päätös asetettiin EU-tuomioistuimen arvioitavaksi tapauksessa GFKL Financial Services v. komissio. Tuomioistuin hylkäsi GFKL Financial Services AG:n kanteen ja pysytti komission päätöksen voimassa.

On huomattava, että veroedut talousvaikeuksissa oleville yhtiöille eivät sinänsä ole valikoidua tukea, mikäli ne voidaan perustella verojärjestelmän yleisellä logiikalla ja luonteella. Tapauksessa GFKL Financial Services v. komissio oli kuitenkin selvää, että yleinen järjestelmä, jolla oli tarkoitus estää vanhojen tappioiden käyttäminen omistajanvaihdoksen jälkeisten voittojen kuittaamiseksi, meni paljon pidemmälle kuin lainsäädännön alkuperäinen tarkoitus tappioilla käytävän kaupankäynnin estämiseksi. Saksa ei kyennyt antamaan selvitystä siitä, miksi tämän laajan veronkiertosäännöksen puitteissa taloudellisesti hyvin toimeentulevat yhtiöt eivät saisi kuitata tappioitaan liikeloudellisista syistä tapahtuneen omistajanvaihdoksen jälkeen, kun poikkeus tehtiin kuitenkin konkurssin partaalla olevien yhtiöiden pelastamiseksi.⁷⁵

2.4.4. Voimassa olevat poikkeukset tappioiden menettämissääntöihin

Tappionmenettämissääntöjä kohtuullistettiin edelleen vuonna 2010, kun KStG 8c §:ään otettiin konsernin sisäisiä järjestelyjä koskeva poikkeus. Niin kutsutun lähipiirilausekkeen mukaan tappioita ei menetä, mikäli yksi henkilö tai yhtiö omistaa 100 % osakkeista sekä luovutuksen kohteena olevassa yhtiössä että vastaanottavassa yhtiössä. Vaikka säännöksen tarkoitus on ollut KStG 8c §:n kohtuullistaminen, on sen muotoiluun kohdistunut kritiikkiä. Poikkeusmahdollisuuden rajoittaminen 100 prosenttisesti omistettuihin yhtiöihin on koettu liian rajatuksi. Esimerkiksi tilanteessa, jossa kohdeyhtiö siirretään yhdeltä konserniyhtiöltä,

⁷⁵ Luja 2012, s. 128.

jolla itsellään on kaksi lähipiiriä olevaa osakkeenomistajaa, toiselle konserniyhtiölle, jolla on samat osakkeenomistajat, ei poikkeussääntö sovellu. Brodersen ja Duttiné eivät näekään mitään syytä, miksi osakeomistus tulisi rajoittaa 100 prosenttiin eikä kattaa myös muutoin identtisiä osakeomistuksia. Kummassakaan tapauksessa veronkierto ei ole mahdollista.⁷⁶

KStG 8c §:ään otettiin vuonna 2010 myös niin kutsuttuja piilovaroja koskeva lauseke, jonka mukaan tappiot menetetään ainoastaan siltä osin kuin ne ylittävät tappioyhtiön taseen piilovarot, jotka ovat Saksassa veronalaisia. Säännöksen tarkoitus on ehkäistä verovelvollisia realisoimasta tase-erien piileviä arvonnousuja ennenaikaisesti tappioiden menettämisen estämiseksi. Mikäli yhtiön varoissa on tarpeeksi piilovaroja kattamaan aiempien verovuosien tappiot, tappioiden menettäminen ei olisi kohtuullista, sillä kyseisten varojen myynti tuottaisi tarpeeksi tuloa kattamaan tappiot ennen omistajanvaihdosta. Näin ollen 8c §:n 1 momentin kuudennen virkkeen nojalla tappiontasaus on mahdollista, jos omistajanvaihdon hetkellä käyttämättömät tappiot vastasivat taseen piilovaroja.⁷⁷ Piilovarot määritetään tässä yhteydessä lähtökohtaisesti kohdeyhtiön taseen mukaisen oman pääoman ja kohdeyhtiöstä maksetun kauppahinnan välisenä erotuksena.⁷⁸

Tappioiden vähennysrajoituksia lievennettiin jälleen huomattavasti vuoden 2016 alusta takautuvasti voimaan tulleella KStG 8d §:llä. Uudistuksen taustalla oli tavoite edelleen estää tappioilla käytävä kaupankäynti, mutta samaan aikaan myös poistaa uusien osakkaiden tai osakkaiden vaihdoksen aikaansaamia verotukseen liittyviä esteitä yritysten rahoituksessa. Taustalla oli etenkin startup-yritysten rahoituksen turvaaminen. Uuden 8d §:n mukaan tappioita ei menetetä, mikäli yhtiön liiketoiminta on pysynyt samana sen perustamisesta lähtien tai vähintään kolme tilikautta ennen omistajanvaihdosta, eikä liiketoimintaa tuona ajanjaksona lakkauteta ennen sen tilikauden päättymistä, jona omistajanvaihdos tapahtui. Liiketoiminnan lakkauttamiseen rinnastetaan lainkohdassa esimerkiksi uusien liiketoimintojen aloittaminen tai liiketoimintojen suuntaaminen uudelleen. KStG 8d §:ää sovelletaan vain verovelvollisen hakemuksesta. Uuden säännön epäillään kuitenkin aiheuttavan tulkintaongelmia etenkin uudelleenjärjestelytilanteissa sekä tilanteissa, joissa liiketoimintaa laajennetaan läheisille toimialoille.⁷⁹

⁷⁶ Brodersen – Duttiné 2010, s. 308.

⁷⁷ Perdelwitz 2017, Weiss – Brühl 2017, s. 452.

⁷⁸ Ditsch 2010, s. 56.

⁷⁹ Honert + partner 2017.

2.4.5. Tappioiden vähennysrajoitusten perustuslainmukaisuus

Saksassa tappioiden menettämistä omistajanvaihdostilanteissa koskevat säännöt olivat vuonna 2017 voimakkaasti esillä perustuslakituomioistuimen *Bundesverfassungsgerichtin* ottaessa niihin kantaa keväällä 2017. Perustuslakituomioistuin nimittäin katsoi toukokuussa 2017 julkaisemassaan ratkaisussa 2 BvL 6/11 tappioiden menettämiseen johtavan KStG 8 c §:n osittain perustuslain yhdenvertaisuusperiaatteen vastaiseksi.⁸⁰ Kysymys menetyssääntöjen perustuslainmukaisuudesta tuli perustuslakituomioistuimen arvioitavaksi Hampurin alemman verotuomioistuimen⁸¹ esittäessä perustuslakituomioistuimelle kysymyksen, oliko KStG 8c §:n 1 momentin 1 virke Saksan perustuslain artiklan 3(1) mukainen. Tapauksessa yhtiön osakkeita oli myyty kun yhtiöllä oli vielä vähentämättömiä tappioita. Koska kaupalla luovutettiin osakekannasta 48 %, tappioista 48 % menetettiin KStG 8c §:n 1 momentin 1 virkkeen nojalla. Yhtiö vetosi KStG 8c §:n perustuslainvastaisuuteen todeten, että sääntö oli liian laaja, sillä tappiot menetettiin osittain, vaikka yhtiön osakkeiden luovutusta ei ollut tehty vilpillisessä mielessä tai tappiontasaussääntelyn kiertämiseksi.⁸²

Perustuslakituomioistuin päätyi siihen, että KStG 8c §:n 1 momentin 1 virke, eli 25–50 % omistajanvaihdoksia koskeva sääntö oli perustuslain vastainen alkaen sen alkuperäisestä säätämisestä vuonna 2008 aina vuoden 2015 loppuun saakka. Se myös velvoitti Saksan lainsäätäjän retroaktiivisesti muuttamaan 8c §:ää näiden vuosien osalta. Mikäli lainsäätäjä ei näin toimi, lainkohdasta tulee mitätön. Tässä sinänsä hyvin epätodennäköisessä tilanteessa veroviranomaiset altistuisivat valtavalle budjettiriskille, sillä mikä tahansa vielä muutoksenhaun piirissä oleva verotuspäätös voitaisiin mitätöidä, jolloin verovelvollisille jouduttaisiin maksamaan veronpalautuksia. Tuomioistuin ei kuitenkaan ottanut kantaa lainkohdan pätevyyteen vuonna 2016 alkavien verovuosien osalta. Vaikka päätös koski riitaa vuodelta 2008, perustuslakituomioistuin määräsi lainkohdan perustuslainmukaisuudesta sen koko elinkaaren ajalta vuodesta 2008 vuoteen 2015. Rajaus vuoteen 2015 johtui todennäköisesti siitä, että uusi tappioiden menettämissääntöjä lieventävä KStG 8d § säädettiin vuoden 2016 lopussa retroaktiivisesti koskemaan verovuosia, jotka alkavat vuonna 2016 tai siitä eteenpäin.⁸³ Tämä ratkaisu tulee todennäköisesti muuttamaan voimassaolevia sääntöjä hyvinkin

⁸⁰ 2 BvL 6/11

⁸¹ 4.4.2011, 2 K 33/10, 59 Entscheidungen der Finanzgerichte 16.

⁸² Weiss – Brühl 2017, s. 453.

⁸³ Weiss – Brühl 2017, s. 454.

merkittävästi, sillä perustuslakituomioistuin asetti lainsäätäjälle velvoitteen muuttaa perustulain vastaisiksi katsomiaan säännöksiä vuoden 2018 loppuun mennessä.

Ratkaisussa 2 BvL 6/11 todettiin KStG 8 c §:n 1 momentin 1 virkkeen rikkovan etenkin verotuksen maksukykyisyys- ja jatkuvuusperiaatteita. Tämä perustuu Saksan perustuslain 3(1) artiklaan, joka koskee yhdenvertaisuutta ja syrjintäkieltoa. Sen nojalla lainsäädännössä tulisi ensin identifioida tapaukset, jotka ovat tarpeeksi samanlaisia ja kohdella noita tapauksia samalla tavoin. Tämä perusperiaate kytkeytyy läheisesti myös maksukykyisyysperiaatteen, joka puolestaan tarkoittaa, että lainsäädännön tulisi huomioida verovelvollisten yksilöllinen taloudellinen suoriutumiskyky säätäessään verolakeja ja kohdella saman kapasiteetin omaavia verovelvollisia samalla tavoin. Syrjintä tulotasoltaan erilaisten verovelvollisten välillä on sallittua, mutta senkin tulee noudattaa kohtuullisuusperiaatetta. Perustuslain mukaisesta yhdenvertaisuusperiaatteesta voidaan poiketa vain, mikäli sille on olemassa vahvoja oikeutusperusteita. Tässä tapauksessa perustuslakituomioistuin ei hyväksynyt oikeutusperusteeksi sitä, että KStG:n 8c § on välttämätön veronkiertämisen ja tappioilla käytävän kaupankäynnin estämiseksi. Koska sääntö ei sallinut minkäänlaista omistajanvaihdon taustalla olevien syiden tutkimista, tuomioistuin katsoi, että lainsäätäjällä on ylittänyt valtuutuksensa ja säätänyt liian laajasti sovellettavissa olevan, kaiken kattavan säännön.⁸⁴

Perustuslakituomioistuin ei vielä ratkaisussa 2 BvL 6/11 ottanut kantaa 8c §:n 1 momentin 2 virkkeeseen, joka sääntelee yli 50 % omistajanvaihdoksia. Tämäkin lainkohta on kuitenkin parhaillaan perustuslakituomioistuimen arvioitavana, sillä Hampurin verotuomioistuin on 29.8.2017 pyytänyt perustuslakituomioistuimelta ratkaisua kyseisen säännön osalta tapauksessa 2 K 245/17. Tapauksen yksityiskohtia ei ole vielä julkistettu, mutta nyt perustuslakituomioistuimen arvioitavana on kaupallisesti paljon merkittävämpi osio tappionmenettämissäännöistä.

Käytäntö on osoittanut, että KStG 8 c §:n 1 momentin 1 virke soveltuu vain harvoihin yrittäjärjestelyihin ja vain rajallinen määrä transaktioita on johtanut tappioiden osittaiseen menettämiseen 25–50 %:n omistusosuuden siirtyessä, etenkin kun kaikki saman ostajan hankinnat lasketaan yhteen viiden vuoden ajanjaksolla. Suurimmassa osassa tapauksia yli 50 % osakkeista on vaihtanut omistajaa ja tappiot on menetetty kokonaan. Tappioiden täydellinen

⁸⁴ Weiss – Brühl 2017, s. 454-455.

menettäminen on vakavampi seuraamus kuin osittainen, joten potentiaalisen perustuslainvastaisuuden voitaisi katsoa tulevan tällöin vielä selvemmin kyseeseen kuin 25–50 %:n omistajanvaihdosten kohdalla. Toisaalta yksi pääargumenteista, joita perustuslakituomioistuimien käytti osittaisesta tappioiden menettämisestä päättäessään, oli, ettei ostaja saanut määräysvaltaa tappioihin. Siinä missä enemmistöosuuden luovuttaminen sisältää jonkinasteisen määräysvallan yhtiön tappioihin, samanlaista määräysvaltaa ei voida olettaa luovutuksessa, joka käsittää vain 25–50 prosenttia osakkeista. Se, pitääkö perustuslakituomioistuin tätä eroa ratkaisevana, jää nähtäväksi.⁸⁵

Saksan tappiontasaussäännöt nyky muodossaan johtavat tappioiden menettämiseen, mikäli yhtiön omistuspohjasta vaihtuu yli puolet. Poikkeuksia pääsäännöstä ovat kuitenkin konsernin sisäiset järjestelyt sekä tilanteet, joissa taseen piilovarot kattaisivat kertyneiden tappioiden määrän. Lisäksi nykyisin on mahdollista hakea poikkeuslupaa tappioiden vähentämisoikeuden säilyttämiseksi omistajanvaihdoksesta huolimatta, mikäli yhtiön liiketoiminnassa ei ole tapahtunut olennaisia muutoksia. Vuonna 2016 voimaantullut poikkeuslupasääntö mahdollistaa aiempaa paremmin liiketaloudellisten perusteiden huomioon ottamisen omistajanvaihdostilanteissa, mutta on varsin todennäköistä, että tappiontasaussääntöihin on tulossa uudistuksia vuonna 2017 annetun perustuslakituomioistuimen ratkaisun ja toisen viireillä olevan ratkaisun johdosta.

2.5. Omistajanvaihdos ja tappiot CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotuksessa

2.5.1. CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotusten soveltamisala

Euroopan komissio antoi lokakuussa 2016 uudet ehdotukset neuvoston direktiiviksi yhteisestä yhteisöveropohjasta (CCTB) ja yhteisestä yhdistetystä yhteisöveropohjasta (CCCTB). Nämä korvasivat vuonna 2011 annetun CCCTB-direktiiviehdotuksen. Nyt kahden toisiaan täydentävän direktiivin ja kaksivaiheisen etenemistavan avulla pyritään koko EU:n kattavan yhtenäisen välittömän verotuksen mallin aiempaa realistisempaan toteuttamiseen. Ensin on tarkoitus hyväksyä yhteinen yhteisöveropohja CCTB ja vasta sen jälkeen veropohjien yhdistäminen CCCTB-direktiivin mukaisesti. Käytännössä direktiiviehdotusten läpimeno tarkoittaisi, että sisämarkkinoilla toimivien yhtiöiden tarvitsisi noudattaa vain yhtä EU:n laajuista

⁸⁵ Linn 2017.

järjestelmää verotettavan tulon laskemiseksi. Jatkossa riittäisi yhden veroilmoituksen tekeminen, ja toisessa jäsenvaltiossa syntyneet tappiot voitaisiin kuitata toisessa jäsenvaltiossa syntyneitä voittoja vastaan. Yhdistetty veropohja jaettaisiin ryhmän jäsenten välillä verovuosittain myynnin, työvoiman ja omaisuususerien jakotekijöistä koostuvaa jakokaavaa käyttäen niiden jäsenvaltioiden kesken, joissa yritysryhmä on aktiivinen. Jokainen jäsenvaltio olisi oikeutettu verottamaan oman osuutensa kansallisen veroprosentin mukaan.⁸⁶

Toisin kuin vuoden 2011 CCCTB-ehdotus, jossa säädettiin kaikille vapaaehtoisesta järjestelmästä, uusien CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten mukainen järjestelmä on pakollinen kaikille tiettyä kokoa suuremmille yritysryhmille. Käytännössä CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten 2 artiklassa on rajattu soveltaminen sellaisiin yhtiöihin, joiden konsolidoidut konsernitulot ylittävät 750 miljoonaa euroa. Lisäksi edellytetään, että yhtiömuoto on jokin direktiivin tunnistamista yhtiömuodoista, ja että yhtiöön sovelletaan direktiivissä mainittua yhteisöveroa. Pakollisen soveltamisen edellytyksenä on lisäksi, että kyseessä on konsernin emoyhtiö tai tytäryhtiö, jossa emoyhtiöllä yli 50 %:n äänivalta ja yli 75 % omistus⁸⁷. Lisäksi yhteisiä sääntöjä on mahdollista soveltaa monenlaisiin ryhmiin, jotka jäävät kooltaan soveltamiskynnyksen alapuolelle. Jotta yhteinen yhteisöveropohja ja CCCTB saataisiin riittävän johdonmukaisiksi keskenään, yhtiöiden on täytettävä veropohjien yhdistämisen edellytykset, jotta niihin sovellettaisiin pakollisesti yhteistä pohjaa. Näin varmistetaan, että kunhan koko aloite on toteutunut veropohjien yhdistämisen ja jakokaavan hyväksymisen myötä, kaikki verovelvolliset, joihin sovelletaan yhteistä pohjaa koskevia sääntöjä, siirtyvät ilman eri toimenpiteitä CCCTB-järjestelmään.⁸⁸

On huomattava, että jos yrityskaupassa ostajayhtiö kuuluu CCCTB-ryhmään, on myös kohdeyhtiön liitettävä olemassa olevaan ryhmään. Mikäli kohdeyhtiö tai ostaja eivät kumpikaan sovelta CCCTB:tä, riippuu CCCTB-ryhmän muodostuminen siitä, täyttyvätkö edellä mainitut 2 artiklan mukaiset CCTB:n ja CCCTB:n soveltamisedellytykset, tai päättääkö ryhmä muutoin alkaa soveltaa CCCTB-järjestelmää.⁸⁹ CCCTB-ryhmällä tarkoitetaan tässä yhteydessä emoyhtiön ja tytäryhtiöiden kokonaisuutta, jotka ovat CCCTB-järjestelmässä.

⁸⁶ Euroopan komissio 25.10.2016.

⁸⁷ ks. tarkemmin CCTB-direktiiviehdotuksen 3 artikla vaatimukset täyttävästä tytäryhtiöstä.

⁸⁸ CCTB s. 9-10.

⁸⁹ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 439.

CCCTB-järjestelmällä puolestaan viitataan sekä CCTB:n että CCCTB:n soveltamiseen. Jäljempänä tarkastelussa on syytä erottaa kaksi eri tilannetta, joissa yhtiö voi liittyä CCCTB-ryhmään. Ensinnäkin yhtiö saattaa jo valmiiksi soveltaa CCCTB-järjestelmää esimerkiksi yksittäisenä yhtiönä ennen liittymistään konsolidoituun CCCTB-ryhmään. Toisessa tilanteessa yhtiö on jäsenvaltion kansallisen verojärjestelmän piirissä ennen liittymistään konsolidoituun ryhmään. Jälkimmäisessä tilanteessa liittyminen CCCTB-järjestelmään tapahtuu samalla hetkellä kuin liittyminen konsolidoituun ryhmään.⁹⁰

2.5.2. CCCTB-järjestelmässä syntyneet tappiot

CCTB 41 artiklan mukaan unionissa verotuksellista kotipaikkaansa pitävälle verovelvolliselle tai unionin ulkopuolella verotuksellista kotipaikkaansa pitävän verovelvollisen kiinteälle toimipaikalle verovuoden aikana syntyneet tappiot voidaan lähtökohtaisesti tasata ja vähentää seuraavina verovuosina. Tappioiden vähentämiselle ei ole siten asetettu direktiiviehdotuksessa mitään määrä- tai aikarajaa. Tämän taustalla direktiiviehdotuksen johdanto-osan 12. perustelukappaleen mukaan ajatus siitä, että passiivisten tulojen, kuten rahoitustulojen siirtäminen pois raskaasti verotetuista yhtiöistä voidaan estää antamalla verovelvollisille tappiontasausoikeus niin, ettei vuosittain tehtävän vähennyksen määrää rajoiteta. Koska tappiontasauksen tarkoituksena on varmistaa, että verovelvollinen maksaa veron reaalituloistaan, tappiontasaukselle ei ole katsottu olevan mitään syytä asettaa aikarajaa. Taannehtivan tappiontasauksen osalta direktiiviehdotuksen perusteluissa on todettu, ettei sitä ole tarpeen ottaa käyttöön, sillä se on jäsenvaltioissa melko harvinainen, ja johtaa yleensä kohtuuttomaan monimutkaisuuteen.

Euroopan parlamentti on 15.3.2018 käsitellyt komission direktiiviehdotukset ja tehnyt joitakin muutoksia ehdotusten sisältöön. CCTB-direktiiviä käsittelevässä päätöslauselmassa 41 artiklan 1 kohta on muutettu kuulumaan seuraavasti: ”Unionissa verotuksellista kotipaikkaansa pitävälle verovelvolliselle tai unionin ulkopuolella verotuksellista kotipaikkaansa pitävän verovelvollisen kiinteälle toimipaikalle verovuoden aikana syntyneet tappiot voidaan tasata ja vähentää seuraavina verovuosina enintään viiden vuoden aikana”.⁹¹ Siten huolimatta komission näkemyksestä, jonka mukaan tappioiden vähentämiselle ei ole syytä asettaa aikarajaa, Euroopan parlamentti on kuitenkin halunnut rajata tappiontasausoikeuden viiteen

⁹⁰ van de Streek 2012, s. 28.

⁹¹ Euroopan parlamentti 15.3.2018 – CCTB.

vuoteen. On vaikea löytää tälle mitään muita perusteluja kuin jäsenvaltioiden verotulonäkökohdat.

Muutoksena vuoden 2011 CCCTB-direktiiviehdotukseen CCTB 41 artiklaan on otettu uutena omistajanvaihdoistilanteisiin liittyvä tappioiden menettämissääntö. Vuoden 2011 ehdotuksen 71 artiklan mukaan, mikäli yhtiö tai yritysryhmä tuli yritysjärjestelyjen seurauksena osaksi toista ryhmää, vähentämättömät tappiot kohdistettiin kaikille ryhmän jäsenille. Kun suurimmassa osassa EU:n jäsenvaltioista on kuitenkin olemassa omistajanvaihdoistilanteita koskevia tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia, oli erikoista, ettei alkuperäisessä direktiiviehdotuksessa tällaista ollut lainkaan⁹². Nyt CCTB-ehdotuksen 41 artiklan 3 kohdassa tappioiden vähennysoikeutta on kuitenkin rajoitettu. Sen mukaan unionissa verotuksellista kotipaikkaansa pitävälle verovelvolliselle tai unionin ulkopuolella verotuksellista kotipaikkaansa pitävän verovelvollisen kiinteälle toimipaikalle edellisvuosina syntyneitä tappioita ei voida vähentää, jos toinen yritys hankkii sellaisen osuuden verovelvollisesta, että verovelvollisesta tulee hankkijan tytäryhtiö, ja lisäksi hankitun verovelvollisen toiminnassa tapahtuu merkittävä muutos. Merkittävä muutos tarkoittaa sitä, että hankittu verovelvollinen lopettaa tietyn toiminnan, joka on muodostanut yli 60 prosenttia sen liikevaihdosta edellisenä verovuonna, tai siirtyy uuteen toimintaan, joka muodostaa yli 60 prosenttia sen liikevaihdosta. CCTB-direktiiviehdotuksen johdanto-osan 12. perustelukappaleessa on suoraan todettu, että 41 artiklan 3 kohta toimii veronkierron vastaisena sääntönä, jonka tarkoitus on estää, torjua ja vaikeuttaa sitä, että pyritään kiertämään tappioiden vähennyskelpoisuutta koskevia sääntöjä ostamalla tappiollisia yhtiöitä.

Tarkasteltaessa tappioita CCCTB-järjestelmässä on otettava huomioon myös CCCTB-direktiiviehdotuksen säännöt yhdistetyn veropohjan jakamisesta. CCCTB 28 artiklan mukaan yhdistetty veropohja jaetaan ryhmän jäsenten välillä joka verovuosi jakokaavaa käyttäen. Määritettäessä ryhmän jäsenen jako-osuutta käytetään kaavaa, jossa myyntiä, työvoimaa ja omaisuuseriä koskevia jakotekijöitä painotetaan yhtä paljon. Ryhmän yhdistetty veropohja jaetaan ainoastaan, jos se on positiivinen. CCCTB-direktiiviehdotuksen 7(2) artiklan mukaan, jos yhdistetty veropohja on negatiivinen, tappio on siirrettävä eteenpäin ja kuitattava seuraavaa positiivista yhdistettyä veropohjaa vastaan. Jos yhdistetty veropohja on positiivinen, se on jaettava 28 artiklan mukaisesti. Tästä saa käsityksen, että voitollinen tulos

⁹² Post – Stals 2012, s. 237.

jaetaan kaikkien verovelvollisten kesken, kun taas tappiot kohdistetaan ryhmälle eikä niitä jaeta. Tämä johtaa voiton ja tappion epäsymmetriseen käsittelyyn CCTB-järjestelmässä. Niin kauan kuin ryhmän rakenne säilyy samana eikä jakomekanismi muutu, tämä ei ole ongelmallista. Kuitenkin, jos jakotekijä muuttuu esimerkiksi uuden yhtiön liittyessä ryhmään tai jonkin yhtiön poistuessa siitä, voi epäsymmetrinen kohtelu aiheuttaa ongelmia.⁹³

2.5.3. Ennen CCTB:n soveltamista syntyneet tappiot

On huomattava, että CCTB 41 artikla koskee nimenomaan sellaisia yhtiöitä, jotka ovat jo CCTB:n soveltamisen piirissä. Sitä ei siten sovelleta tilanteisiin, jossa uusi yhtiö liittyy osaksi CCTB:tä soveltavaa yritysryhmää. CCTB-direktiiviehdotuksen tavoitteena on, että yritysten uudelleenjärjestelyjen vaikutukset jäsenvaltioiden nykyisiin verotusoikeuksiin jäävät mahdollisimman pieniksi. Siksi on haluttu varmistaa, ettei jäsenvaltioille, joissa muilla ryhmän jäsenillä on verotuksellinen kotipaikka tai joissa ne sijaitsevat, aiheutuisi ylimääräisiä kustannuksia tappioista, joita uudelle ryhmään liittyvälle yhtiölle syntyi toisen yhteisö-verojärjestelmän sääntöjen mukaan, joita yhtiöön sovellettiin ennen CCTB:n sääntöjä. Ryhmään liittyvän yhtiön ennen veropohjien yhdistämistä syntyneet kaupalliset tappiot olisi siis siirrettävä eteenpäin kuitattaviksi kyseisen yhtiön jako-osuutta vastaan.⁹⁴ Tämä on käytännössä toteutettu CCTB-direktiiviehdotuksen 47 artiklan avulla.

CCTB 47 artikla on sanamuodoltaan identtinen vuoden 2011 CCCTB-direktiiviehdotuksen 48 artiklan kanssa, joten kyseistä ehdotusta analysoinut oikeuskirjallisuus on edelleen relevanttia. CCTB-direktiiviehdotuksen 47 artiklan mukaan, jos verovelvollinen haluaa tasata vähentämättömät tappiot, jotka aiheutuivat ennen kuin CCTB-direktiivin sääntöjä ryhdyttiin soveltamaan verovelvolliseen, tappiontasaus on mahdollista vain, mikäli verovelvolliseen sovelletussa kansallisessa lainsäädännössä hyväksytään tappioiden vähennys. Tarkoituksena on, että tappiot, jotka ovat syntyneet ennen liittymistä CCCTB-järjestelmään, säilyvät siinä jäsenvaltiossa, jossa ne ovat syntyneet. Mikäli tappiot siirtyisivät yritysryhmän käytettäväksi ja olisivat vähennettävissä koko yritysryhmän konsolidoidusta tuloksesta, ne vähentäisivät myös niiden jäsenvaltioiden verotusoikeutta, joissa muilla ryhmän jäsenillä on kotipaikka. Näin ollen ”korvamerkitsemällä” veropohjien yhdistämistä edeltävät tappiot huomioidaan myös jäsenvaltioiden kansalliset intressit.⁹⁵

⁹³ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 441

⁹⁴ CCCTB s. 13–14.

⁹⁵ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 439–440.

CCTB 47 artikla luo ennen järjestelmään liittymistä syntyneiden tappioiden osalta yhteyden kansallisten sääntöjen ja CCCTB-järjestelmän vaatimusten välille. Tappiot säilyvät siinä verojärjestelmässä missä ovat syntyneet ja ne voidaan kuitata vain jäsenvaltiolle osoitetusta yhdistetyn veropohjan jako-osuudesta. Ilman tällaista sääntöä kansallisen järjestelmän mukaisesti syntyneet tappiot voitaisiin vähentää yli rajojen, ja yhdessä jäsenvaltiossa tappiota tekevä yhtiö voitaisiin hankkia vain tarkoituksessa pienentää konsolidoitua veropohjaa siirtämällä tappiot CCCTB-ryhmälle. 47 artiklan tarkoituksena on siten myös osaltaan estää veronkiertoa.⁹⁶

CCTB 47 artiklan mukaisten tappioiden vähentäminen CCCTB-järjestelmässä tapahtuu CCCTB-direktiiviehdotuksen 15 artiklan mukaan siten, että vähentämättömät tappiot, jotka ovat syntyneet ryhmän jäsenen kansallisen yhteisölaainsäädännön tai CCTB-direktiivin mukaisesti ennen kuin CCCTB-direktiivin sääntöjä ryhdyttiin soveltamaan asianomaiseen ryhmän jäsenen, voidaan kuitata asianomaisen ryhmän jäsenen jako-osuutta vastaan silloin ja siltä osin, kuin siitä on säädetty kansallisessa yhteisöverolainsäädännössä tai CCTB-direktiivissä. Käytännössä tämä tarkoittanee sitä, että jos kansallisessa verolainsäädännössä tappioiden vähennysoikeutta on omistajanvaihdostilanteessa rajoitettu, sovelletaan noita rajoituksia myös osaksi CCCTB-konsernia tulleeeseen verovelvolliseen.

Komission ehdottamassa CCTB 41 artiklassa on hyväksytty tappioiden vähentäminen ilman aikarajaa seuraavina verovuosina. Verovelvollinen, jonka kansallisessa verolainsäädännössä tappiontasaukselle on asetettu aikaraja, olisi siten paremmassa asemassa soveltaessaan CCTB-direktiiviä hyödyntääkseen rajattoman vähennysoikeuden, ellei CCTB 47 artiklan ja CCCTB 15 artiklan rajoitussäännöksiä olisi. Nämä artiklat minimoivat siten järjestelmään liittymistä edeltävien tappioiden osalta sisämarkkinoiden häiriöiden mahdollisuudet. Veropohjan yhdistämistä edeltävien tappioiden korvamerkitseminen suojaa jäsenvaltioita siltä, että niiden täytyisi huomioda tappioita, jotka ovat syntyneet niiden rajojen ulkopuolella ja mahdollisesti syntyneet jo ennen kuin yritysryhmää on perustettu. Tämä on tärkeää etenkin, kun monilla yhtiöillä on merkittävä määrä vähentämättömiä tappioita jäljellä.⁹⁷

⁹⁶ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 439–440.

⁹⁷ Calleja Borg 2013, s. 581–582.

van de Streek kritisoi vuoden 2011 CCCTB-direktiiviehdotusta siitä, että jäsenvaltioiden intressien suojele korostuu yritysryhmään liittymistä koskevien sääntöjen taustalla. Hänen käsityksensä mukaan liittymissäännöt ovat liian laajoja, koska niitä sovelletaan myös tilanteissa, joissa jäsenvaltioiden välillä ei ole mitään intressiristiriitaa. Tämä näkyy selvästi tilanteissa, joissa konsernin toiminnot ovat rajoittuneet yhteen jäsenvaltioon ja konserni valitsee CCCTB:n soveltamisen. Konsernin täytyy tästä huolimatta noudattaa veropohjan yhdistämistä edeltäviä tappioita koskevia sääntöjä, vaikka tällaisessa tilanteessa tappiot eivät siirtyisi rasittamaan toisen jäsenvaltion verotuloja. Samalla tavoin tilanteessa, jossa monikanallinen konserni valitsee CCCTB järjestelmän, on kyseenalaista, miksi joissakin jäsenvaltioissa ennen järjestelmään liittymistä syntyneitä tappioita ei voi kuitata kaikkien niiden konserniyhtiöiden jako-osuuksia vastaan, jotka ovat sijoittautuneet samaan jäsenvaltioon. Tällöinkin muut jäsenvaltiot olisivat riittävän suojattuja veropohjan yhdistämistä edeltävien tappioiden ”maahantuonnilta”.⁹⁸

Komission CCTB-direktiiviehdotuksessa van de Streekin kritiikki on osittain huomioitu. Uuden 42 artiklan mukaan verovelvollinen, jolla on verotettavaa tuloa vielä sen jälkeen, kun se on vähentänyt omat tappionsa 41 artiklan nojalla, voi tietyin edellytyksin vielä vähentää saman verovuoden tappiot, jotka ovat aiheutuneet muissa jäsenvaltioissa sijaitseville välittömille tytäryhtiöille tai kiinteille toimipaikoille. Artiklan tarkoituksena on osittain hyvittää se, ettei veropohjien yhdistämisestä yli rajojen ensimmäisessä vaiheessa koidu etuja. Tämä hyvitys on kuitenkin väliaikainen, koska emoyhtiö sisällyttää – ottaen huomioon aiemmin vähennettyjen tappioiden määrän – takaisin veropohjaansa välittömien tytäryhtiöidensä tai kiinteiden toimipaikkojensa mahdolliset myöhemmät voitot. Jos sisällyttämistä ei tehdä tietyn ajan kuluessa, vähennetyt tappiot sisällytetään joka tapauksessa takaisin veropohjaan ilman eri toimenpiteitä.⁹⁹ Tämäkin verovelvollisen kannalta edullinen artikla on kuitenkin Euroopan parlamentin päätöslauselmassa 15.3.2018 poistettu.

Komission CCTB-direktiiviehdotuksessa on sen johdanto-osassa tuotu esiin tarve sallia mahdollisimman laaja tappioiden vähennysoikeus. Euroopan parlamentti on kuitenkin päätöslauselmassaan poistanut varsin merkittävät säännökset tappioiden aikarajattomasta vähennysoikeudesta sekä mahdollisuudesta sisällyttää muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden

⁹⁸ van de Streek 2012, s. 32.

⁹⁹ CCTB, s. 11.

tytäryhtiöiden tappiot emoyhtiön tulokseen. Parlamentin päämääränä on selvästi suojella jäsenvaltioiden intressejä, mutta esimerkiksi viiteen vuoteen rajoitettu vähennysoikeus vaikuttaa suojelutoimenpiteenä jokseenkin ylimitoitetulta, varsinkin kun huomioidaan, että edellä tarkastelluissa Ruotsin ja Saksan verojärjestelmissä vähennysoikeutta ei ole aikarajattu lainkaan ja Suomessakin tappiot vanhenevat kymmenessä vuodessa.

CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotuksia tarkasteltaessa on kuitenkin pidettävä mielessä se, että vaikka CCTB- ja CCCTB-direktiivien voimaantulo eittäimättä helpottaisi kansainvälisten konsernien tilannetta etenkin rajat ylittävän tappiontasauksen osalta, edellyttää välittömän verotuksen alueella jäsenvaltioiden lainsäädännön harmonisointi yksimielistä päätöksentekoa. Siten on vaikea ennustaa tulevatko direktiiviehdotukset käytännössä toteutumaan.¹⁰⁰ Lisäksi on huomattava, että mikäli CCCTB-malli tulisi voimaan EU-alueella, sama siirtohinnoittelua ja kaksinkertaista verotusta koskeva problematiikka säilyisi suhteessa kolmansiin maihin. Suomen osalta noin 40 prosenttia tuonnista ja viennistä kohdistuu EU:n ulkopuolisiin maihin, joten näiltä osin CCCTB:n voimaantulo ei yksinkertaistaisi tilannetta suomalaisten yritysten osalta.¹⁰¹

2.6. Yhteenveto tappioiden kohtelusta omistajanvaihdoksissa

2.6.1. Omistajanvaihdoksen käsite tarkastelluissa järjestelmissä

Edellä on tarkasteltu omistajanvaihdostilanteisiin liittyviä tappioiden vähennysrajoituksia Suomessa, Ruotsissa, Saksassa ja CCCTB-järjestelmässä. Oikeusjärjestelmät eroavat toisistaan muun muassa sen suhteen, milloin omistajanvaihdoksen katsotaan tapahtuvan, voidaanko rajoitusten soveltamisessa huomioida liiketaloudellisia perusteita sekä sovelletaanko rajoituksia myös konsernin sisäisiin järjestelyihin.

Lähtökohtana Suomen lainsäädännössä on, että yli 50 prosentin muutos yhtiön osakeomistuksessa johtaa automaattisesti vahvistettujen tappioiden menettämiseen. Tässä yhteydessä nimenomaan osakkeiden lukumäärä on ratkaiseva, ei osakkeiden tuottama äänimäärä. Ruotsissa omistajanvaihdoksen määritelmä on lähes päinvastainen, sillä se on kytketty määräysvallan käsitteeseen ja myös tappioyhtiön itsensä hankkima määräysvalta toisessa yhtiössä

¹⁰⁰ Gerson 2011, s. 273.

¹⁰¹ Rapo – Volanen 2017, s. 347.

saa aikaan tappioiden vähennysrajoituksia. Saksassa omistajanvaihdoksen katsotaan lähtökohtaisesti tapahtuvan, kun yli 25 prosenttia osakkeista tai jäsen-, osallistumis- tai äänioikeuksista vaihtaa omistajaa. CCCTB-järjestelmässä tappioiden vähennysoikeuteen vaikuttavan omistajanvaihdoksen katsotaan tapahtuvan, kun toinen yritys hankkii sellaisen osuuden verovelvollisesta, että verovelvollisesta tulee hankkijan tytäryhtiö. Tytäryhtiöllä tarkoitetaan sellaista yhtiötä, jossa emoyhtiöllä on oikeus käyttää yli 50 prosenttia äänioikeuksista ja omistusoikeus yli 75 prosenttiin osakepääomasta tai voitonjakoon oikeuttavista oikeuksista.

On huomattavaa, että pelkästään se, mitä pidetään omistajanvaihdoksena, vaihtelee suuresti näinkin pienessä otoksessa erilaisia verolainsäädäntöjä. Suomessa vain osakkeiden lukumäärällä on merkitystä 50 prosentin omistusosuutta laskettaessa, kun taas Ruotsissa nimenomaan osakkeiden tuottama äänivalta on ratkaiseva. Saksassa taas sekä äänioikeudet että osakkeiden lukumäärä voivat saada aikaan omistajanvaihdoksen. CCCTB-järjestelmässä edellytetään molempia. Ottaen huomioon, että äänivallaltaan erilaiset osakkeet ovat osakeyhtiöissä varsin tyypillisiä, voi pelkkä osakkeiden lukumäärään perustuva arviointi johtaa epätarkoituksenmukaisiin tilanteisiin. Mikäli yhden osakesarjan osakkeet tuottavat moninkertaisen äänioikeuden toiseen osakesarjaan verrattuna, voi määräysvalta tappioyhtiössä Suomen lainsäädännön mukaan vaihtua ilman että tappiot menetetään. Muissa vertailun kohteena olevissa verojärjestelmissä myös siirtyvä äänivalta huomioidaan.

2.6.2. Vähennysoikeuden rajoitukset ja niistä tehtävät poikkeukset

Säännöt siitä, milloin omistajanvaihdos johtaa kohdeyhtiön tappioiden menettämiseen kokonaan tai osittain, vaihtelevat myös jokaisessa tarkastellussa verojärjestelmässä. Suomessa tappiot menetetään automaattisesti omistajanvaihdostilanteessa, mutta tappioiden käyttämiseksi voidaan kuitenkin hakea poikkeuslupaa. Oikeuskäytännössä on kuitenkin vahvistettu, että poikkeuslupa tulisi käytännössä aina myöntää, ellei omistajanvaihdostilanteessa ole riskiä väärinkäytöksistä. Näin ollen poikkeuslupa lähtökohtaisesti saadaan, mikäli kauppa osataan perustella edes jollakin liiketaloudellisella syyllä, ei vain kohdeyhtiön tappioiden hankkimisella.

Ruotsissa ei ole Suomen tavoin tappioiden automaattiseen menettämiseen omistajanvaihdostilanteissa johtavaa lainsäädäntöä. Sen sijaan tappioiden menettäminen on kytketty kohdeyhtiöstä maksettavaan kauppahintaan, jolloin ostaja ja myyjä pystyvät itse kauppahinnan

asettamisella vaikuttamaan tappioiden säilymiseen. Tappioita ei lähtökohtaisesti menetetä, jos niiden määrä ei ylitä 200 prosenttia siitä vastikkeesta, joka hankitusta määräysvallasta on maksettu, tai jos on kyse konsernin sisäisistä järjestelyistä. Keinotekoiseen kohdeyhtiön arvon korottamiseen pääomansijoitusten avulla on kuitenkin pyritty puuttumaan uudella lainsäädännöllä. Ruotsissa ei siten jätetä esimerkiksi viranomaisen arvioinnin varaan sitä, onko yrityskaupalla riittäviä liiketaloudellisia perusteita, vaan tappioilla käytävä kaupan käynti on estetty velvoittamalla ostaja maksamaan tappioyhtiöstä tietty vähimmäishinta. Tästäkin on olemassa käytännön merkitykseltään vähäinen poikkeussääntö. IL 40 luvun 17 §:n nojalla tappioyhtiö voi nimittäin pyytää maan hallitukselta poikkeuslupaa vähennettävissä olevien tappioiden määrää koskevan rajoituksen soveltamatta jättämiseen. Tappioiden vähennysoikeutta koskevia lupia voidaan kuitenkin myöntää vain tilanteessa, jossa tappiolisen yhtiön omistusrakenteen muutoksella on merkittävä kansantaloudellinen vaikutus, eikä omistajanvaihdosta toteutettaisi ilman tappioiden vähennysoikeuden säilymistä. Tappioiden vähentämiseen liittyvät määrälliset rajoitukset eivät koske konsernin sisäisiä järjestelyjä.

Saksan säännöt omistajanvaihdoksiin liittyvien tappioiden vähennysrajoitusten osalta ovat uudistumassa, mutta viimeisimmän perustuslakituomioistuimen ratkaisun perusteella alle 50 prosentin osuuksien vaihtaessa omistajaa tappioita ei lähtökohtaisesti tulisi menettää. Yli 50 prosentin omistajanvaihdostilanteissa vielä nykyisen lainsäädännön mukaan tappiot menetetään kokonaan, mutta tämäkin säännös on perustuslakituomioistuimen arvioitavana. Lisäksi tappiot voidaan säilyttää aina, jos kyse on konsernin sisäisistä järjestelyistä tai jos käyttämättömät tappiot vastaavat arvoltaan taseen piilovarauksia. Saksassakin voidaan nykyisin verovelvollisen hakemuksesta säilyttää omistajanvaihdosta edeltävät tappiot, mikäli sen liiketoiminnassa ei tapahdu muutoksia juuri ennen omistajanvaihdosta. On kuitenkin selvää, että kaikki poikkeukset pääsäännöstä aiheuttavat tulkintamahdollisuuksia, ja rajanveto etenkin sen suhteen, milloin liiketoiminta on samalla toimialalla ja milloin ei, on haastavaa.

Suomalaisesta näkökulmasta tarkasteltuna Saksan KStG 8 c §:n tappioiden menettämistä koskevat säännöt vaikuttavat suhteellisen ankarilta, sillä ne eivät jätä minkäänlaista sijaa tilannekohtaiselle harkinnalle, vaan tappiot menetetään aina, oli omistajanvaihdoksen taustalla mikä syy tahansa. Toisaalta sääntöjä on lievennetty muun muassa konsernin sisäisten järjestelyjen osalta. Lisäksi viimeisimpänä vuodesta 2016 voimaantullut KStG 8d §:n salilma mahdollisuus hakemuksesta säilyttää tappiot, jos verovelvollinen voi osoittaa, ettei sen

liiketoiminnassa ole tapahtunut muutoksia – toisin sanoen, ettei olla myymässä ”tyhjää kuorta” – voi osaltaan lieventää tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia.

CCCTB-järjestelmässä on erotettava kaksi erilaista tilannetta tappioiden säilymistä koskevan tarkastelun kannalta. Järjestelmä sallii lähtökohtaisesti myös vanhojen tappioiden vähentämisen, kun yhtiö tulee osaksi CCCTB-ryhmää, mutta vähennysoikeus on rajoitettu yhtiön omaan jako-osuuteen ja sen laajuus määräytyy kansallisen lainsäädännön mukaan. Toisaalta tilanteessa, jossa yhtiö on jo CCCTB-järjestelmässä, vähentämättömät tappiot menetetään automaattisesti, mikäli omistajanvaihdoksen ohella yhtiön liiketoiminnassa tapahtuu merkittävä muutos. CCCTB-järjestelmän sisällä tapahtuvia omistajanvaihdoksia varten on pyritty määrittämään selvät säännöt, milloin tappiot aina menetetään. Toisin kuin Ruotsissa, missä rajoitukset kulminoituvat tappioyhtiöstä maksettavaan hintaan, tarkastellaan CCCTB-järjestelmässä yhtiön liiketoimintaa ja siinä tapahtuvia muutoksia. Direktiivin mukaan merkittävä muutos tarkoittaa sitä, että hankittu verovelvollinen lopettaa tietyn toiminnan, joka on muodostanut yli 60 prosenttia sen liikevaihdosta edellisellä verovuonna, tai siirtyy uuteen toimintaan, joka muodostaa yli 60 prosenttia sen liikevaihdosta. Asetetut prosenttiosuudet ovat ainakin objektiivisempi tapa tarkastella muutosta liiketoiminnassa kuin Saksan KStG 8d §:ssä, jossa liiketoiminnan muutosta ei ole yhtä tarkasti määritelty. Liikevaihto on sinänsä objektiivinen mittari, vaikka tulkintaongelmia myös CCTB 41 artiklan säännöstä voidaan varmasti saada aikaan.

Kaikissa tarkastelluissa järjestelmissä Suomea lukuun ottamatta konsernin sisäiset järjestelyt muodostavat poikkeuksen tappioiden vähentämistä rajoittaville säännöille. Toki Suomessa kin poikkeuslupa hakemalla saadaan lähtökohtaisesti tällaisten sisäisten järjestelyjen tilanteessa säilyttää tappioiden vähennysoikeus, mutta tehokkaampaa voisi olla järjestelyjen salminen lainsäädännön tasolla, jolloin turhilta transaktiokustannuksilta vältytään. Poikkeuslupahakemusten laatiminen vie verovelvollisen resursseja ja hakemuksen käsittely puolestaan Verohallinnon, vaikka molemmille osapuolille olisi selvää, että lupa tullaan myöntämään.

2.6.3. Rajoitussäännöt oikeudenmukaisuuden ja neutraliteetin näkökulmasta

Verotuksen neutraalisuuden kannalta on keskeistä, että omistajanvaihdoksiin liittyvät säännökset poistavat ainoastaan kannustimen ostaa yhtiöitä näiden tappioiden hyödyntämiseksi.

Tätä laajemmille rajoitussäännöksille ei neutraalisuuden näkökulmasta ole perusteita. Siksi Suomen sääntelyä voidaan kritisoida siitä, että se asettaa lähtökohtaisesti samalle viivalle sekä puhtaasti liiketaloudellisista syistä tapahtuvat omistajanvaihdokset, konsernin sisäiset järjestelyt että veronkiertotarkoituksessa tehdyt liiketoimet. Kaikissa tilanteissa tappiot menetetään, ellei Verohallinnolta haeta erikseen poikkeuslupaa. Tätä voidaan pitää turhankin laajana, kaiken kattavana sääntelynä. Juuri näin katsoi Saksan perustuslakituomioistuin arvioidessaan Saksan KStG 8c §:n 1 momentin 1 virkkeen perustuslainmukaisuutta. Säännös katsottiin liian laajaksi, koska se ei mahdollistanut liiketaloudellisten perusteiden huomioimista. Suomessa liiketaloudelliset perusteet tulevat toki poikkeuslupaharkinnan kautta huomioiduiksi, mutta oma kysymyksensä on se, voidaanko verovelvolliselta vaatia ymmärrystä siitä, että poikkeuslupa on erikseen haettava ja se käytännössä aina saadaan. Lisäksi voidaan kysyä, onko pk-yrityksen johdolla välttämättä osaamista laatia hakemusta ilman asiantuntijapalveluiden ostamista.

Suomalainen poikkeuslupajärjestelmä mahdollistaa hyvin kunkin tilanteen tapauskohtaisen arvioinnin. Toisaalta, kuten Suomea koskeva tapaus P Oy sekä edellä käsitelty Saksan GFKL Financial Services -tapaus osoittavat, tappioiden vähennysrajoituksia koskevilla säännöillä voi olla ongelmallisia vaikutuksia myös EU-oikeudellisesta näkökulmasta, kun veroviranomaisille on jätetty harkintavaltaa yksittäisten tapausten ratkaisemiseen. Suomessa lainsäädännöstä ilmenevät tappionmenettämissäännöt ovat hyvin niukat, ja käytännössä jokainen tapaus menee Verohallinnon arvioitavaksi. Vaikka käytännössä vähennysoikeus myönnetään lähes aina, tehtyjä ratkaisuja ei julkaista, eivätkä muut verovelvolliset pääse arvioimaan vapaasti sitä, milloin oikeus on myönnetty ja milloin ei. Tällöin herää myös suomalaisten sääntöjen osalta kysymys siitä, noudattaako sääntely yhdenvertaisuusperiaatetta, kun ei voida tietää kohdellaanko samanlaisia tapauksia välttämättä aina samalla tavalla.

Puhtaasti verotuksen neutraliteetin näkökulmasta Ruotsin tappiontasaussäännökset omistajanvaihdostilanteissa vaikuttavat vertailluista järjestelmistä kaikkein toimivimmilta. Kun lainsäädännössä on määrätty objektiivinen raja sille, milloin tappiot menetetään, kohdellaan verovelvollisia yhdenvertaisesti eikä riskiä esimerkiksi valtiontukisääntelyn soveltumisesta ole. Ruotsissakin oman monimutkaisuutensa sääntelyyn tuovat esimerkiksi pääomasijoituksia koskevat poikkeukset, mutta esimerkiksi Saksaan verrattuna järjestelmä vaikuttaa verovelvollisen näkökulmasta suhteellisen selkeältä, koska sovellettavat säännöt käyvät lähtökohtaisesti suoraan ilmi verolainsäädännöstä. Näin ei ole esimerkiksi Suomessa, jossa on

tunnettava poikkeuslupakäytäntöä jossain määrin, jotta lupa osataan ja ymmärretään hakea oikein perustein.

3. TAPPIOIDEN VÄHENNYSOIKEUS SULAUTUMISEN YHTEYDESSÄ

3.1. Tappioiden vähennysrajoituksista sulautumisen yhteydessä

Sulautuminen on yksi vaihtoehto osakekaupalle, ja usein sitä hyödynnetään myös osana laajempaa yritysjärjestelyjen kokonaisuutta. Sulautumisella tarkoitetaan yleisesti ottaen järjestelyä, jossa sulautuvan yhtiön varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle ja sulautuvan yhtiön osakkeenomistajat saavat sulautumisvastikkeena vastaanottavan yhtiön osakkeita. Sulautumisen seurauksena sulautuva yhtiö lakkaa olemasta, mutta sen toiminta voi jatkua esimerkiksi vastaanottavan yhtiön kiinteän toimipaikan muodossa. Siten yrityskaupoissa on ostajan kannalta olennaista tietää, siirtyvätkö sulautuvan yhtiön käytettävissä olevat tappiot vastaanottavalle yhtiölle. Jos yhtiön katsotaan verotuksen näkökulmasta purkautuvan sulautumisessa, sen myötä häviävät myös yhtiön tappiot.¹⁰²

Jotta estettäisiin omistajanvaihdostilanteita koskevien rajoitussääntöjen kiertäminen käyttämällä järjestelykeinona sulautumista, on tappioiden vähentämiselle asetettu rajoituksia myös sulautumistilanteissa. Sulautuvan yhtiön tappioiden siirtymiseen liittyy periaatteessa sama problematiikka kuin omistajanvaihdostilanteissakin. Sulautumisen myötä tappiot siirtyvät lähtökohtaisesti toisen verosubjektin hyödynnettäväksi. Tällöin ratkaiseva merkitys sen suhteen, tulisiko tappioiden vähennysoikeutta jotenkin rajoittaa, on Samuelsonin mukaan sillä, annetaanko sulautumisessa jotakin vastiketta. Mikäli näin on, sulautuminen voidaan rinnastaa tappioiden vastikkeelliseen luovutukseen ja katsoa siten olevan ristiriidassa sen periaatteen kanssa, että tappiot ovat verovelvolliskohtaisia. Tällainen rajoitusperuste ei kuitenkaan ole merkityksellinen, mikäli tappio on syntynyt ajanjaksona, jolloin yhtiöiden välillä on ollut sellainen konsernisuhde, jossa yhtiöiden välinen tuloksentasaus on verolainsäädännön nojalla ollut mahdollista esimerkiksi konserniavustuksen avulla. Tulontasausmahdollisuuden kautta tappio olisi joka tapauksessa voitu siirtää yhtiöiden välillä.¹⁰³

Tilanne, jossa tappioyhtiö on sulautumisessa vastaanottavana yhtiönä, voidaan rinnastaa siihen, että tappioyhtiö hankkisi toisen yhtiön osakekaupalla. Tappioyhtiöllä voi siten olla kannustin toimia vastaanottavana yhtiönä voittoa tuottavan yhtiön sulautumisessa voidakseen tällä tavoin hyödyntää tappionsa. Sulautumista koskevien rajoitussääntöjen laajuuden ja

¹⁰² Bezzina 2002, s. 58.

¹⁰³ Samuelson 1994, s. 73.

muotoilun tulisi siten jossain määrin heijastella omistajanvaihdostilanteita koskevien rajoitussäännösten sisältöä ja muotoa. Sulautumissääntöjä tarkastellessa voidaan ottaa kantaa esimerkiksi siihen, mikä on riittävä syy rajoittaa oikeutta tappiontasaukseen sulautumisen jälkeen, mahdollisen rajoituksen laajuuteen, siihen tulisiko rajoituksen olla yleinen vai valikoiva, ja tulisiko rajoituksen käsittää myös mahdollinen sulautumisvuoden tappio. Sääntelyssä tulisi sovittaa yhteen toisaalta oikeus vastaanottaa sulautuvan yhtiön tappiot ja toisaalta vaatimus siitä, että sulautumista ei käytetä veron kiertämisen välineenä. Toisaalta myös osakekauppoja koskevien rajoitussääntöjen tulisi olla tehokkaita eikä sulautumisen avulla kierrettävissä.¹⁰⁴

Seuraavaksi tarkastellaan yritysjärjestelydirektiivin asettamia vähimmäisvaatimuksia tappioiden verotuskohtelulle yritysjärjestelyiden yhteydessä. Tämän jälkeen käsitellään Suomen, Ruotsin ja Saksan verolainsäädäntöä tappioiden siirtymisen näkökulmasta kotimaisten sulautumistilanteiden osalta. Lopuksi käsitellään CCTB- ja CCCTB -direktiiviehdotusten mahdollisesti mukanaan tuomia muutoksia nykytilaan.

3.2. Rajat ylittävät sulautumiset ja yritysjärjestelydirektiivi

Etenkin rajat ylittävissä yritysjärjestelyissä aiheutuva verorasitus on yksi prosessin ratkaisevista tekijöistä. Se, kuinka paljon veroa tietyssä jäsenvaltiossa tulisi maksettavaksi, on olennainen kysymys, kun päätetään siitä minne liiketoimintoja sijoitetaan. Käyttämättömät tappiot voivat potentiaalisesti johtaa pienempään verorasitukseen tulevaisuudessa, eikä tällaisia verohyötyjä haluta menettää. Kysymyksen tärkeys etenkin rajat ylittävissä tilanteissa on tunnistettu Euroopan unionissa jo pitkään.¹⁰⁵ EU-valtioihin sijoittautuneiden yhtiöiden välisten sulautumisten, jakautumisten, osittaisjakautumisten, liiketoimintasiirtojen ja osakevaihtojen verotusta sääntelee yritysjärjestelydirektiivi¹⁰⁶. Direktiivin tarkoituksena on poistaa verotuksellisia esteitä yritystoiminnan uudelleenjärjestelyiltä EU:n alueella. Tavoitteena on, ettei direktiivin soveltamisalaan kuuluvista yritysjärjestelyistä ei aiheudu välittömiä tuloveroseu-

¹⁰⁴ Samuelson 1994, s. 73–74.

¹⁰⁵ Calleja Borg 2011, s. 557.

¹⁰⁶ Neuvoston direktiivi 2009/133/EY, annettu 19 päivänä lokakuuta 2009, eri jäsenvaltioissa olevia yhtiöitä koskeviin sulautumisiin, jakautumisiin, osittaisjakautumisiin, varojensiirtoihin ja osakkeiden vaihtoihin sekä eurooppayhtiön (SE) tai eurooppaosuuskunnan (SCE) sääntömääräisen kotipaikan siirtoon jäsenvaltioiden välillä sovellettavasta yhteisestä verojärjestelmästä.

raamuksia järjestelyihin osallistuville yrityksille tai niiden omistajille. Tällöin jatkuvuusperiaatteen mukaisesti verotus lykkääntyy ajankohtaan, jona tapahtuu uusi varojen luovutus. Direktiivin vaatimukset on implementoitu Suomessa EVL 52–52 h §:ssä.¹⁰⁷

Rajat ylittävissä yritysjärjestelyissä on olennaista huomioda se, että jopa sinänsä veroneutraalit järjestelyt voivat johtaa ei-toivottuihin verovaikutuksiin, koska vähentämättä olevat tappiot saatetaan menettää osana uudelleenjärjestelyä tai aikaisemmin tehdyt tappiovähennykset saatetaan joutua palauttamaan verotettavaan tuloon järjestelyn seurauksena.¹⁰⁸ On huomattava, että verotuksessa vahvistettavat tappiot ja niiden perusteella laskettavissa olevat verosaamiset voivat olla yritysjärjestelyyn osallistuvalla yhtiöllä taloudellisesti huomattavan arvokkaita. Jos sulautumisen myötä tällainen verotuksellinen etu menetettäisiin, verovelvollisen näkökulmasta tätä olisi vaikea katsoa muuksi kuin sulautumisen välittömäksi negatiiviseksi veroseuraamukseksi. Jotta yritysjärjestelyjä koskevien säännösten tavoitteen saavuttamista ei vaikeutettaisi, tämä olisi huomioitava, kun tarkastellaan tappioiden vähennysoikeuden säilymistä sulautumistilanteissa.¹⁰⁹

Yritysjärjestelydirektiivin 6 ja 10 artikloissa säädetään tappioiden käsittelystä direktiivissä tarkoitetuissa yritysjärjestelyissä. Artiklassa 6 säädetään siirtävän yhtiön verotuksessa vähentämättä olevien tappioiden siirtymisestä siirtävän yhtiön jäsenvaltion alueelle syntyvälle vastaanottavan yhtiön kiinteälle toimipaikalle. Jos sulautuvan yhtiön vahvistetut tappiot siirtyvät sulautuvan yhtiön jäsenvaltion lainsäädännön mukaan vastaanottavalle yhtiölle, sulautuvan yhtiön jäsenvaltion on 6 artiklan mukaan sovellettava säännöksiä tappioiden siirtymisestä myös rajat ylittävään sulautumiseen.¹¹⁰ Toisin sanoen, jos kansalliset säännöt kotimaissa sulautumisessa sallivat tappioiden siirtymisen vastaanottavalle yhtiölle, vastaavan siirtymisen tulee olla mahdollista myös rajat ylittävässä tilanteessa. Artikla 6 ei koske erityisesti tilanteita, joissa on kyse käyttämättömien tappioiden siirtymisestä, vaan se on pikemminkin sääntö joka estää syrjinnän puhtaasti kotimaisten ja rajat ylittävien sulautumisten välillä.¹¹¹ Säännös soveltuu kuitenkin vain tilanteeseen, jossa vastaanottavalle yhtiölle syntyy kiinteä toimipaikka sulautuvan yhtiön jäsenvaltioon.

¹⁰⁷ Helminen 2017. Kansainvälinen verotus – 12. Kansainväliset yritysjärjestelyt – Yritysjärjestelydirektiivin kattamat järjestelyt.

¹⁰⁸ Vande Velde 2016, s. 132.

¹⁰⁹ Nuotio 2012, s. 283–284.

¹¹⁰ Malmgren 2013, s. 151–152.

¹¹¹ Calleja Borg 2011, s. 558.

Yritysjärjestelydirektiivin 10 artiklassa siirtävän yhtiön jäsenvaltiolle on annettu mahdollisuus palauttaa yhtiön verotettavaan tulokseen kiinteän toimipaikan tappioita, jotka on aikaisemmin vähennetty siirtävän yhtiön verotettavasta voitosta jäsenvaltiossa. Tappioiden lisääminen tulokseen edellyttää, että niitä ei ole lisätty tuloon aikaisemmin. Luettuna yhdessä yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklan kanssa tämä tarkoittaa Vande Velden mukaan sitä, että vähentämättömän tappion tulee siirtyä järjestelyssä vain siltä osin kuin kiinteän toimipaikan jäsenvaltion verolainsäädäntö sallii tappioiden huomioimisen vastaanottavassa yhtiössä vastaavassa kotimaisessa yritysjärjestelyssä. Tämä tarkoittaa myös, että yritysjärjestelydirektiivi koskee tappioiden vähennysoikeutta vain kiinteän toimipaikan jäsenvaltiossa, eli siinä valtiossa, jossa tappiot ovat syntyneet, ei vastaanottavan yhtiön jäsenvaltiossa. Yritysjärjestelydirektiivi jättää siten huomattavan paljon autonomiaa jäsenvaltioille. Tämä näkyy epäsymmetrisyyksinä jäsenvaltioiden kansallisissa kotimaisissa sulautumisia koskevissa lainsäädännöissä. Toiset jäsenvaltiot sallivat tappioiden siirtymisen sulautumisen yhteydessä kokonaan tai osittain, toisissa tappioiden siirtymistä ei ole sallittu lainkaan. Lisäksi kiinteiden toimipaikkojen kohtelu riippuu siitä, sovelletaanko niihin vapautus- vai hyvitysmenetelmää.¹¹²

Yritysjärjestelydirektiivi ei näin ollen vastaa kysymykseen siitä, missä laajuudessa vastaanottavan yhtiön jäsenvaltion täytyy sallia sulautuvan yhtiön tappioiden vähentäminen EU:n sisäisessä rajat ylittävässä sulautumisessa. Se, miltä osin tappiot ovat vähennettävissä, riippuu kotimaisesta verolainsäädännöstä ja sijoittautumisvapauden periaatteen vaatimuksista.¹¹³ Useiden valtioiden osalta tämä merkitsee sitä, että ulkomailla syntyneitä tappioita ei oteta huomioon. Tämä on ongelmallista, mikäli ulkomaisten kiinteiden toimipaikkojen verotuksessa sovelletaan hyvitysmenetelmää vapautusmenetelmän sijaan. Näin on esimerkiksi Suomessa. EU:n perusvapaudet saattavat kuitenkin asettaa kotimaisen lainsäädännön sovel-

¹¹² Vande Velde 2016, s. 133.

¹¹³ Helminen 2011, s. 172.

tamiselle rajoitteita, sillä SEUT-sopimuksen vapaan sijoittautumisoikeuden periaate edellyttää joissakin tilanteissa tappioiden vähennysoikeuden säilymistä.¹¹⁴ EUT:n käytännössä onkin tuomion C-446/03, Marks & Spencer myötä syntynyt rajat ylittäviä tilanteita koskeva, niin kutsuttujen lopullisten tappioiden vähennysoikeutta koskeva doktriini.¹¹⁵

Siinä missä yritysjärjestelydirektiivi edellyttää vain kotimaisten ja rajat ylittävien sulautumisten yhdenvertaista kohtelua tappioiden siirtymisen osalta, EUT on ratkaisussaan C-123/11, A Oy luonut rajat ylittäviä tilanteita koskevan säännön. Ratkaisussa A Oy:llä oli Ruotsissa rekisteröity tappiollinen tytäryhtiö B AB, jonka toiminta oli lopetettu. B AB:n olemassaolon lopettamiseksi se oli tarkoitus sulauttaa rajat ylittävällä tytäryhtiösulautumisella A Oy:öön. KVL katsoi, että A Oy ei saanut vähentää B AB:n tappioita, koska Ruotsin verolainsäädännön mukaan laskettuja tappioita ei voitu pitää EVL:n mukaan laskettuina tappioina. KHO:n pyydettyä ennakkoratkaisua unionin tuomioistuimelta EUT totesi, että sulautuvan yhtiön tappioiden käsittely rajat ylittävässä tilanteessa kotimaisista sulautumisista poikkeavalla tavalla on sijoittautumisvapauden rajoittamista, mutta sille on kuitenkin oikeuttamisperuste. Oikeuttamisperuste muodostui kolmen tekijän kokonaisuudesta: jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoisen jakautumisen säilyttäminen, tappioiden kaksinkertaisen käytön vaara ja veronkiertoon liittyvien vaarojen estäminen. Suomen lainsäädäntöön sisältyvä rajoitus ei kuitenkaan ollut suhteellisuusperiaatteen mukainen. Rajoitus oli siis liian pitkälle menevä. Suomen lainsäädäntö oli yhteensopimatonta EU-oikeuden kanssa siltä osin, kuin lainsäädännössä ei tarjota emoyhtiölle mahdollisuutta näyttää toteen, että sen ulkomailla asuva tytäryhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi, ja jos ei ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon tytäryhtiön asuinpaikkavaltiliossa tulevien verovuosien osalta.

¹¹⁴ Helminen 2017: Kansainvälinen verotus – 12. Kansainväliset yritysjärjestelyt – Yritysjärjestelydirektiivin kattamat järjestelyt.

¹¹⁵ Lopullisten tappioiden doktriini sai alkunsa Euroopan unionin tuomioistuimen Marks & Spencer tapauksesta (EUT 13.12.2005, C-446/03 Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)). Tapauksessa oli yksinkertaistusti kyse siitä, tulisiko ulkomaisen konserniyhtiön tappio voida vähentää isobritannialaisen emoyhtiön verotuksessa, kun isobritannialaisen tytäryhtiön tappio voitiin vastaavassa tilanteessa vähentää emoyhtiön verotuksessa. Vaikka EUT katsoi vain kotimaisen yhtiön tappion vähentämisen sallivan järjestelmän rajoittavan sijoittautumisvapautta, rajoitukselle oli kuitenkin oikeuttamisperuste: verotusvallan tasapainoisen jakautumisen turvaaminen jäsenvaltioiden kesken ja kaksinkertaisten vähennysten estäminen. Sijoittautumisvapaus ei siten ollut este rajat ylittävien tilanteiden erilaiselle kohtelulle. Tuomiossa katsottiin kuitenkin, että vähennysoikeus pitäisi sallia, jos tytäryhtiön tappio on lopullinen. Lopullisuudella tarkoitettiin sitä, että tytäryhtiö on käyttänyt loppuun kaikki mahdollisuudet käyttää tappioita asuinvaltioissaan eikä kolmas osapuolikaan pysty käyttämään tappioita. Ks. lisää esim. da Silva – Weber 2011.

Kysymys siitä, jääkö sulautuvalle yhtiölle jäsenvaltioon kiinteää toimipaikkaa, on siten tappioiden siirtymisen kannalta ilmeisen ratkaisevaa. Mikäli sulautuvan yhtiön jäsenvaltioon jää kiinteä toimipaikka, siirtyy tappioiden vähennysoikeus yritysjärjestelydirektiivin nojalla lähtökohtaisesti kiinteälle toimipaikalle. Mikäli taas kiinteää toimipaikkaa ei jää, käsitellään tappioita tapauksesta A Oy ilmenevän säännön mukaan. Tällöin tappiot voivat siirtyä vastaanottavalle yhtiölle, mikäli pystytään osoittamaan, että kyse on lopullisista tappioista, joita sulautuva yhtiö ei asuinvaltiossaan kykene enää hyödyntämään. Toisaalta tämäkin edellyttää sitä, että vastaavassa kotimaisessa järjestelyssä tappioiden siirtyminen sulautumisen yhteydessä sallitaan.

Boulogne onkin todennut yritysjärjestelydirektiivin 6 artiklan olevan puutteellinen siltä osin kuin kaikkien jäsenvaltioiden verolainsäädännöt eivät salli tappioiden siirtymistä sulautumisen yhteydessä. Mikäli vastaanottava yhtiö ei voi hyödyntää sulautuvan yhtiön tappioita, se ei välttämättä ryhdy rajat ylittävään yritysjärjestelyyn. Ottaen huomioon yritysjärjestelydirektiivin tavoitteen, ehdoton oikeus tappioiden siirtymiseen olisi tärkeä edellytys. Onkin ehdotettu, että yritysjärjestelydirektiivissä otettaisiin tappioiden siirtymisen osalta käyttöön CCCTB-direktiiviehdotuksesta tuttu jakokaava, jonka perusteella sulautuvan yhtiön tappiot kohdistettaisiin sulautumisessa siirtyville omaisuus- ja velkaerille myyntiä, työvoimaa ja omaisuususeriä koskevien jakotekijöiden suhteessa.¹¹⁶ Yritysjärjestelydirektiivin arvoa voidaan pitää rajoitettuna siltä osin kuin se pelkästään kodifioi EU:n primaarilainsäädäntöön sisältyvän syrjintäkiellon. Direktiivin arvo on lisäksi rajallinen siltä osin kuin se ei puutu tiettyihin yritysjärjestelyjen osa-alueisiin, kuten tappioiden rajat ylittävään siirtymiseen vastaanottavalle yhtiölle.¹¹⁷

Tappioiden vähennysoikeutta koskevat tulkintatilanteet ovat pääosin sellaisia, joita on säännelty vain kansallisessa lainsäädännössä. EU-oikeuden tulkintavaikutuksen takia EU-oikeuden lähteitä ei voida kuitenkaan täysin sivuuttaa. Vaikka edellä kuvatulla tavalla tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset jäävät pääosin yritysjärjestelydirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle, direktiivin säännösten tarkoituksen toteutuminen vaikeutuu huomattavasti tai jopa estyy, jos yritysjärjestelyn seurauksena on, että siihen osallistuva tappiollinen yhteisö menettää oikeutensa vähentää verotuksessa vahvistettuja tappioitaan. Siten tappioiden

¹¹⁶ Boulogne 2014, s. 81, 83.

¹¹⁷ Boulogne 2016, s. 813.

vähennysoikeutta koskeissa tulkintatilanteissa ratkaisujen tulisi olla sellaisia, että ne edistävät yritysjärjestelydirektiivin tarkoitusta tai eivät ainakaan loisi esteitä direktiivissä tarkoitettujen toimien toteuttamiselle.¹¹⁸ On kuitenkin huomattava, että kansalliset tuomioistuimet eivät välttämättä pyydä ennakkoratkaisuja kotimaisen lainsäädännön EU-oikeuden mukaisuudesta, jolloin lainsäädäntöratkaisut eivät tule unionin tasolla tutkittaviksi. Näin ollen kotimaisten oikeusjärjestelmien elementit, jotka saattavat olla yritysjärjestelydirektiivin kanssa yhteensopimattomia, voivat käytännössä säilyä voimassa vuodesta toiseen.¹¹⁹

3.3. Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Suomen tuloverolain mukaan

3.3.1. Omistusta koskevat edellytykset TVL 123 §:ssä

TVL 123.2 §:ssä säädetään tappioiden vähennysoikeudesta sulautumistilanteissa. Pääsäännöksi on asetettu, että vastaanottavalla yhtiöllä on oikeus vähentää tulostaan sulautuneen yhtiön tappio. Oikeutta on kuitenkin rajoitettu siten, että sulautuneen yhtiön tappiot voidaan vähentää vastaanottavan yhtiön tulosta TVL 119 ja 120 §:n mukaisesti, mikäli 1) vastaanottava yhteisö tai 2) sen osakkaat tai jäsenet tai 3) yhteisö yhdessä sen osakkaiden ja jäsenten kanssa ovat tappiovuoden alusta lukien omistaneet yli puolet sulautuneen yhtiön osakkeista.¹²⁰ TVL 123 §:n säännöksen tarkoitus on varmistaa sitä, ettei sulautumisen kautta kierrettäisi TVL 122 §:n mukaisia rajoituksia¹²¹.

TVL 123.2 §:n edellyttämät omistusrakenteet ovat vaihtoehtoisia, jolloin on riittävää esimerkiksi se, että vastaanottavan yhtiön osakkaat ovat omistaneet yli puolet sulautuvan yhtiön osakkeista. Tällöin ei vaadita, että vastaanottava yhtiö olisi suoraan omistanut edes yhtä sulautuvan yhtiön osaketta.¹²² Yli puolet osakkeista käsittävän omistuksen on kuitenkin tullut kestää tappiovuoden alusta lukien. Tämän voidaan katsoa edellyttävän, että myös vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajan on tullut olla vastaanottavan yhtiön osakkeenomistajana jo tappiovuoden alusta lukien ja lisäksi omistaa sulautuvan yhtiön osakkeita tappiovuoden alusta lukien. Ehto täyttyy myös, kun vastaanottava yhtiö on perustettu sulautuvan yhtiön tappiovuoden alun jälkeen.¹²³

¹¹⁸ Nuotio 2012, s. 22.

¹¹⁹ Panayi 2010, s. 284.

¹²⁰ Andersson – Penttilä 2014, s. 877.

¹²¹ Immonen 2015, s. 257

¹²² Nuotio 2012, s. 304–305.

¹²³ Immonen 2015, s. 259, oikeuskäytännöstä ks. esim. KHO 1980 II 513.

TVL 123.2 § edellyttääkin sulautumisen tarkkaa ajoittamista. Jos vastaanottava yhtiö hankkii sulautuvan yhtiön osakekannan kesken sen tilikauden, jona sulautuminen tapahtuu, tappiot eivät siirry. Vastaanottavan yhtiön tulee omistaa yli puolet sulautuvan yhtiön osakkeista jo niiden tilikausien alusta lukien, joiden tappiosta on kysymys. Näin katsottiin ratkaisussa KHO 1994 B 515, jossa C Oy:lle oli kertynyt tappioita vuosina 1992 ja 1993 helmikuun lopussa päättyneiltä tilikausilta. A osti elokuussa 1992 C:n emoyhtiön B:n osakekannan. B:n oli tarkoitus sulautua A Oy:öön, jolloin C Oy:n osakkeet siirtyisivät A Oy:lle. Tämän jälkeen C Oy:n oli tarkoitus sulautua A Oy:öön. KVL ja KHO katsoivat kuitenkin, ettei A Oy:llä ollut oikeutta vähentää C Oy:n verotuksessa vahvistettuja tappioita, koska A Oy:n ei voitu katsoa omistaneen yli puolta C Oy:n osakekannasta niiden tilikausien alusta lukien, joiden tappioista on kysymys.

Sulautuvan yhtiön osakkeiden tuottamalla äänillä ei ole merkitystä arvioitaessa, siirtykö sulautuvan yhtiön tappio vastaanottavalle yhtiölle. Tappio ei näin ollen siirry vain sillä perusteella, että esimerkiksi sulautuvan ja vastaanottavan yhtiön yhteisen osakkaan omistamat sulautuvan yhtiön osakkeet tuottavat sanotulle osakkaalle enemmistön sulautuvan yhtiön osakkeiden äänimäärästä. Vastaavasti tappio voi siirtyä sulautumisessa sulautuvalta yhtiöltä vastaanottavalle osakeyhtiölle, vaikka tappioiden siirtymisen perusteena olevat osakkeet eivät tuottaisikaan äänivaltaa sulautuvassa yhtiössä.¹²⁴

TVL 123.2 §:n omistusedellytys johtaa usein sulautuvan yhtiön tappioiden menettämiseen. Yrityskauppojen yhteydessä sulautuminen ei ole järkevä vaihtoehto tilanteessa, jossa ostokohteella on verotuksessa vahvistettuja tappioita, koska tappiot eivät siirry omistajanvaihdon jälkeisessä sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle, eikä niille myöskään voida saada poikkeuslupaa¹²⁵. Näin ollen joissakin tilanteissa voi olla tarkoituksenmukaisempaa toteuttaa sulautuminen toisinpäin siten, että emoyhtiö sulautuu tytäryhtiöön. Tällaisessa vastavirtafuusioksi kutsutussa järjestelyssä emoyhtiön osakkeenomistajille annetaan sulautumisvastikkeena tytäryhtiön osakkeita ja samalla sulautuva yhtiö saa fuusioseuraantona omia osakkeitaan. Oikeus säilyttää vastaanottavan yhtiön tappio ratkaistaan tällaisessa tapahtumassa omistajanvaihdosta koskevan TVL 122 §:n, eikä TVL 123 §:n nojalla. Tällöin, mikäli TVL 122 §:n tarkoittama omistajanvaihdos tapahtuu, tappioiden säilyttämiseksi voidaan hakea poikkeuslupaa. Ratkaisussa KHO 2004:59 A Oy sulautui vastavirtafuusiona kokonaan

¹²⁴ Nuotio 2012, s. 306.

¹²⁵ Katramo ym. 2013, s. 215.

omistamaansa tytäryhtiöön B Oy:öön, joka sulautumisen yhteydessä mitätöi haltuunsa tulleet omat osakkeensa ja antoi sulautumisvastikkeena A Oy:n omistavalle emoyhtiölle liikeseen laskemiaan uusia osakkeita. Tämän seurauksena yli puolet B Oy:n osakkeista vaihtoi omistajaa, jolloin B Oy:n verotuksessa tapahtui TVL 122.1 §:ssä tarkoitettu omistajanvaihdos. Tappio ei silloin siirtynyt.¹²⁶

3.3.2. Tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle

Sulautuvan yhtiön tappioiden hyödyntämisessä on kaksi puolta: tappion tulee ensinnäkin siirtyä vastaanottavaan yhtiöön ja lisäksi vastaanottavalla yhtiöllä on oltava oikeus käyttää tappiota. Edellä kuvatun omistusedellytyksen täyttymisestä huolimatta tappiot eivät siirry vastaanottavaan yhtiöön, mikäli sulautumista ei toteuteta EVL 52 a §:ssä säädettyllä tavalla, tai mikäli sulautuvalla yhtiöllä itsellään ei ole oikeutta vähentää tappioita. Ensimmäinen tilanne oli esillä ratkaisussa KHO 2012:23. Siinä KHO katsoi, ettei TVL:n 123 §:n 2 momentissa tarkoitettuna sulautumisena voitu pitää sellaista osakeyhtiön sulautumista toiseen osakeyhtiöön, joka ei täyttänyt EVL 52 a §:ssä säädettyjä edellytyksiä ja jota sen vuoksi pidettiin tuloverotuksessa sulautuvan osakeyhtiön purkautumisena. Osakeyhtiölain (624/2006) 16 luvun mukaisesti toteutettua sulautumista ei siten aina veroteta sulautumisena. Kun sulautuminen toimeenpannaan tavalla, joka ei vastaa EVL 52 a §:ssä säädettyä, sulautuminen verotetaan kuin yhtiö olisi purkautunut, ja sovellettava lainkohta on silloin EVL 52 b §:n sijasta EVL 51 b §. Tällöin, vaikka yhtiöoikeudellisesti menettelynä onkin sulautuminen, eivät tappiot siirry vastaanottavalle yhtiölle, koska TVL 123.2 §:n säännöksenään kannalta tapahtuma ei ole sulautuminen. Tuloverojärjestelmän kannalta tulkinta on johdonmukainen, mutta tällöin sulautumisella ei yhtiöoikeudessa ja vero-oikeudessa tarkoiteta samaa asiaa.¹²⁷

TVL 122 §:n 1 momentti ja TVL 123 §:n 2 momentti eroavat toisistaan siinä, että TVL 123 § ei edellytä, että yli puolet sulautuvan yhtiön osakkeista on pysynyt tappiovuoden alusta lukien samojen osakkaiden omistuksessa niin, ettei omistussuhteissa ole tapahtunut muutoksia. On siten mahdollista, että sulautuvassa yhtiössä on TVL 122 §:n näkökulmasta tapahtu-

¹²⁶ Immonen 2015, s. 263–264. Vastavirtafuusiota on käsitelty myös ratkaisussa KVL 1999/156, jossa omistajanvaihdos tapahtui vaiheittaisena, osakevaihtoja ja sulautumisen käsittävänä järjestelynä. Tappioita ei menetetty, koska osakevaihto ei ole tuloverotuksessa luovutus eikä se siis ole omistajanvaihdoskaan. KVL:n tulkinta vahvistettiin KHO:ssa (KHO 27.6.2000 taltio 1973).

¹²⁷ Immonen 2015, s. 257.

nut tappioiden vähennysoikeuteen vaikuttava omistajanvaihdos, mutta TVL 123 §:n 2 momentissa tarkoitettu omistusta koskeva edellytys täyttyy.¹²⁸ Sulautuvalla yhtiöllä on kuitenkin itsellään oltava oikeus vähentää tappiot, jotta ne voisivat siirtyä vastaanottavalle yhtiölle. Tämä periaate käy ilmi ratkaisusta KHO 2002:72, jossa A Oy:n vuodesta 1995 omistamalle tytäryhtiölle B Oy:lle oli kertynyt veroylijäämiä verovuosina 1996–1998. Vuonna 1998 A Oy:n emoyhtiöksi tuli C Ltd, jolloin YHL 8 §:n 3 momentin mukaisesti vähintään 20 prosenttia B Oy:n osakkeita omistavassa A Oy:ssä oli tapahtunut omistajanvaihdos, jossa yli puolet A Oy:n osakkeista oli vaihtanut omistajaa. B Oy:n oli tarkoitus mainitun lain 10 §:n 2 momentin mukaisesti sulautua A Oy:öön vuonna 2002. Ratkaisun mukaan, jos B Oy sulautui emoyhtiöönsä, A Oy:llä ei ollut oikeutta käyttää sulautuvalle B Oy:lle verovuosina 1996–1998 kertyneitä veroylijäämiä.

Nuotion mukaan ratkaisussa KHO 2002:72 korostuu sulautumisen yleisseuraantoluonne, koska A Oy sai käyttää B Oy:n veroylijäämiä samoin edellytyksin kuin B Oy olisi itse saanut niitä käyttää, eikä A Oy siten saanut veroylijäämien osalta parempaa asemaa kuin B Oy:llä oli ollut ennen sulautumista. Koska YHL 10 §:n 2 momentin säännös vastaa TVL 123 §:n 2 momentin säännöstä, vastaavan periaatteen on katsottava soveltuvan myös tappioiden siirtymiseen sulautuvalta yhtiöltä vastaanottavalle yhtiölle. Ratkaisusta voidaan päätellä, ettei vielä TVL 123 §:n 2 momentissa säädetyn omistusta koskevan edellytyksen täyttymisestä seuraa, että sulautuvan yhtiön tappio siirtyisi sulautumisessa vastaanottavalle yhtiölle. Omistusta koskevan edellytyksen täyttymisen lisäksi sulautuvalla yhtiöllä itsellään on oltava oikeus vähentää kyseessä oleva tappio. Näin ollen sulautuvan yhteisön tappio siirtyy sulautumisessa vastaanottavalle yhteisölle, jos TVL 123 §:n 2 momentissa tarkoitettu omistusta koskeva edellytys täyttyy ja jos sulautuvassa yhteisössä ei ole tapahtunut TVL 122 §:n 1 momentissa tarkoitettua omistajanvaihdosta. Jos tällainen omistajanvaihdos on tapahtunut, sulautuvalla yhteisöllä on oltava TVL 122 §:n 3 momentissa tarkoitettu lupa tappion vähentämiseen yhtiössä tapahtuneesta omistajanvaihdoksesta huolimatta.¹²⁹

Ratkaisussa KHO 2003:23 yhtiö oli saanut ennen sulautumistaan tuloverolain 122 §:n 3 momentissa tarkoitettua poikkeuslupa tappioidensa vähentämiseen omistajanvaihdoksesta huolimatta. Vastaanottava osakeyhtiö ei kuitenkaan saanut vähentää sulautuneen yhtiön tappioita, kun se ei ollut tuloverolain 123 §:n 2 momentissa edellytetyllä tavalla tappiovuoden

¹²⁸ Nuotio 2012, s. 307–308.

¹²⁹ Nuotio 2012, s. 314.

alusta lukien omistanut yli puolta sulautuneen yhtiön osakkeista. Näin ollen TVL 122 §:n 3 momentissa tarkoitettu lupa ei toisaalta yksinään ole peruste tappion siirtymiselle sulautuvalla yhtiöltä vastaanottavalle yhtiölle, vaan TVL 123 §:n 2 momentissa tarkoitetun omistusta koskevan edellytyksen on aina täyttyttävä, jotta tappio voisi sulautumisessa siirtyä.

3.3.3. Vastaanottavan yhtiön oikeus käyttää tappioita

Mikäli sulautuvan yhtiön tappio siirtyy sulautumisessa, vastaanottava yhtiö voi käyttää sen vielä jäljellä olevana vähentämisaikana. Sulautuminen ei pidennä eikä lyhennä tätä aikaa. Vastaanottava yhtiö saa käyttää siirtyneen tappion samalla tavalla kuin omat tappionsa. Siirtynyt tappio ikään kuin sulautuu vastaanottavan yhtiön omiin tappioihin, ja siten tappion käyttöoikeus menetetään, mikäli vastaanottavan yhtiön omistuksessa tapahtuu TVL 122 §:ssä tarkoitettu omistajanvaihdos. Jos vastaanottava yhtiö ei käytä tappiota määräajassa, se menettää käyttöoikeuden. Perättäisiä järjestelyjä suunnitellessa on kuitenkin olennaista huomata, että ratkaisun KHO 24.10.1991 taltio 3772 mukaan sulautumisessa siirtynyttä tappiota ei voi siirtää edelleen, jos vastaanottava yhtiö itse sulautuu myöhemmin toiseen yhtiöön. Vastaanottavan yhtiön omassa toiminnassa syntynyt ja vahvistettu tappio siirtyy kuitenkin seuraavalle vastaanottavalle yhtiölle TVL 123 §:n periaatteiden mukaisesti.¹³⁰

TVL 123 §:n 2 momentissa ei ole nimenomaisesti edellytetty, että vastaanottavan yhtiön olisi jatkettava sulautuneen yhtiön toimintaa. Korkein hallinto-oikeus on kuitenkin ottanut kantaa myös siihen, voidaanko vahvistettujen tappioiden siirtymistä vastaanottavalle yhtiölle pitää yritysjärjestelysäännösten kannalta vieraana veroetuna. Ratkaisussa KHO 2013:126 B Oy oli vuonna 2007 sulautunut A Oy:öön, joka oli omistanut B Oy:n osakkeet vuodesta 1996 lähtien. B Oy:öön oli muutama päivä aikaisemmin sulautunut C Oy, jonka osakkeet B Oy oli omistanut vuodesta 1995. C Oy oli omistanut 40 % A Oy:n osakkeista. C Oy:llä oli vahvistettuja tappioita verovuosilta 1998–2001. Asiassa oli kysymys siitä, onko A Oy:llä oikeus vähentää verotettavasta tulostaan nämä tappiot. KHO katsoi, että A Oy oli esittänyt sulautumisjärjestelyille verotuksesta riippumattomia syitä eikä ollut ilmeistä, että järjestelyiden yksinomaisena tai yhtenä pääasiallisista tarkoituksista olisi ollut veron kiertäminen tai veron välttäminen. Ne C Oy:n vahvistetut tappiot, joiden siirtymisestä oli kysy-

¹³⁰ Immonen 2015, s. 259–260.

mys, olivat syntyneet A Oy:n omistusaikana konsernissa harjoitetusta liiketoiminnasta. Vahvistettujen tappioiden siirtymistä vastaanottavalle yhtiölle ei ollut pidettävä yritysjärjestelysäännösten kannalta vieraana veroetuna.

Ratkaisun KHO 2013:126 kommentaarissa Järvenoja toteaaakin, että sulautuvan yhtiön tappioiden siirtyminen vastaanottavalle yhtiölle voidaan yritysjärjestelyissä evätä vain poikkeuksellisissa tilanteissa. Sulautuvan tai jakautuvan yhtiön toimimattomuus ei ole KHO:n päätöksen perusteella tällainen peruste.¹³¹ Näin ollen oikeuteen käyttää tappiota ei vaikuta toiminnan jatkuminen. Vastaanottavan yhtiön ei tarvitse jatkaa sulautuvan yhtiön toimintaa eikä sulautuvalla yhtiöllä välttämättä tarvitse enää ollakaan toimintaa. Vastaanottava yhtiö voi lopettaa sille sulautumisessa siirtyneen toiminnan lyhyenkin ajan kuluttua ilman että tästä seuraisi tappioiden menettäminen. Myös toimintansa lopettaneen yhteisön tappio voi siirtyä vastaanottavalle yhtiölle.¹³² Toisin kuin TVL 122 §:n 3 momentin mukaista poikkeuslupaa harkittaessa, sulautuvan yhtiön tappioiden siirtymisen ei siten tarvitse olla yhtiön toiminnan jatkumisen kannalta on tarpeen.

On huomattava, että sulautumistilanteella voi olla vaikutuksia paitsi sulautuvan yhtiön sulautumisajankohtana vielä käyttämättä olevaan tappioon myös vastaanottavan yhtiön omaan tappioon esimerkiksi vastavirtafuusion yhteydessä tai tilanteessa, jossa sulautumisvastikkeena annetaan vastaanottavan yhtiön osakkeita niin että yli puolet omistuksesta vaihtuu. TVL 123 § on erityinen, nimenomaan sulautuvan yhtiön tappioita koskeva säännös. Vastaanottavan yhtiön omistusmuutoksista sulautumisen yhteydessä ei sen sijaan ole nimenomaisia säännöksiä, vaan siihen sovelletaan TVL 122 §:ää.¹³³

3.3.4. TVL:n säännökset suhteessa yritysjärjestelydirektiiviin

TVL:n tappioita yritysjärjestelyjen yhteydessä koskeva sääntely on varsin niukkaa, ja tappioiden siirtymiseen liittyvät säännöt ovatkin pitkälti muotoutuneet oikeuskäytännössä. Sulautumisen vaikutusta tappioiden vähentämiseen koskeva TTL:n säännös otettiin alun perin sellaisenaan tuloverolakiin¹³⁴. Sittemmin sitä on päivitetty vain jakautumistilanteiden osalta¹³⁵. Säännöstö on siten pääosin perua jo yritysjärjestelydirektiiviä edeltävältä ajalta, eikä sitä ole

¹³¹ Järvenoja 2014, s. 185.

¹³² Nuotio 2012, s. 304–305, Immonen 2015 s. 258.

¹³³ Immonen 2015, s. 257–258.

¹³⁴ HE 200/1992 vp, s. 48.

¹³⁵ HE 177/1995 vp, s. 15.

päivitetty kaikilta osin sellaiseksi, että se olisi sopusoinnussa myös yritysjärjestelydirektiivin ja EVL 52–52h §:n tavoitteiden kanssa. Tappioiden osalta yritysjärjestelyissä noudatetaan jatkuvuusperiaatetta vain rajoitetusti. Näin ollen yritysjärjestely voi johtaa siihen, että jonkin yritysjärjestelyyn osallistuneen yhtiön oikeus vahvistettujen tappioiden vähentämiseen menetetään yritysjärjestelyn seurauksena. Tämä puolestaan voi johtaa siihen, että yritysjärjestelyä ei toteuteta tai sitä lykätään tai yritysjärjestely toteutetaan sellaisessa muodossa, joka mahdollistaa tappioiden säilymisen.¹³⁶

Yritysjärjestelydirektiivi mahdollistaa rajat ylittävät sulautumiset tilanteissa, joissa sulautuva yhtiö on toisesta EU/ETA-valtiosta. Lähtökohtaisesti TVL 123.2 §:n voitaisi katsoa soveltuvan myös rajat ylittäviin tilanteisiin. Edellä jaksossa 3.2. käsitellyllä tavalla EU:n tuomioistuimien on kuitenkin katsonut, että jäsenvaltioiden verotusvallan tasapainoinen turvaaminen edellyttää sitä, että tappioita ei voida vapaasti siirtää valtiosta toiseen, vaan kyseessä on oltava ns. lopulliset tappiot.¹³⁷ Suomen verojärjestelmää koskevan EUT:n tuomion C-123/11, A Oy jälkeen korkein hallinto-oikeus antoi asiassa oman ratkaisunsa KHO 2013:155.

Ratkaisussa KHO 2013:155 todetaan, että lopullisten tappioiden siirtymisen edellytyksenä on, että ne olisi voitu vähentää myös vastaavassa kotimaisessa sulautumisessa. Kotimaisia sulautumisia vastaavaa verotuskohtelua edellytetään, mikäli sulautuvan yhtiön tappioissa on kyse lopullisista tappioista. Jos sulautuvalla yhtiöllä on ollut sulautumishetkellä asuinvaltionsa verolainsäädännön mukaan edelleen käytettävissä olevia tappioita, on vastaanottavan yhtiön näytettävä, että sulautuva yhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi eikä ole mahdollisuutta siihen, että joko sulautuva yhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon sulautuvan yhtiön asuinvaltiossa tulevien verovuosien osalta. Tuomiosta C-123/11, A Oy ja siihen pohjautuvasta ratkaisusta KHO 2013:155 on pääteltävissä, että tappioita ei voitane pitää lopullisina ainakaan silloin, jos vastaanottavalle kotimaiselle emoyhtiölle jää sulautumisen jälkeen kiinteä toimipaikka sulautuneen yhtiön asuinvaltioon, jossa muodostuvaa tuloa vastaan tappioita voidaan vähentää. Lopullisuuden arvioiminen on tulkinnanvaraista muun muassa sen osalta, mikä merkitys tässä

¹³⁶ Andersson – Penttilä 2014, s. 872–873.

¹³⁷ Andersson – Penttilä 2014, s. 878.

suhteessa on konsernille sulautuvan yhtiön kotivaltioon mahdollisesti jäävillä muilla yhtiöillä ja niiden toiminnan tuloksellisuudella.¹³⁸

KHO:n ratkaisusta voidaan johtaa Suomen oikeuteen oikeusohje, jonka mukaan emoyhtiö saa vähentää siihen sulautuvan tytäryhtiön tappiot TVL 123.2 §:ssä vaadittujen edellytysten täytyessä myös silloin, kun sulautuva yhtiö on toisesta EU:n jäsenvaltiosta tai ETA-valtiosta. Edellytyksenä kuitenkin on, että vastaanottava yhtiö näyttää, että kysymyksessä ovat lopulliset tappiot. Tällä tarkoitetaan sitä, että tytäryhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi, ja ei ole olemassa mahdollisuutta siihen, että joko tytäryhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon tytäryhtiön asuinpaikkavaliossa tulevien verovuosien osalta.¹³⁹

3.4. Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Ruotsin oikeuden mukaan

3.4.1. Määrärajoitus sulautumisen yhteydessä

Ruotsissa sulautuvan yhtiön tappiot siirtyvät lähtökohtaisesti vastaanottavalle yhtiölle. Jotta sulautumista ei kuitenkaan käytettäisi IL 40 luvun määrä- ja konserniavustusrajoitusten kiertämiseksi, on vastaavanlaisista rajoituksista säädetty sulautumisten osalta IL 37 luvussa.¹⁴⁰ Määrärajoitusta koskevan IL 37 luvun 21 §:n ensimmäisen momentin mukaan, mikäli sulautuvalla yhtiöllä on tappioita jäljellä viimeisenä verovuotenaan, sovelletaan IL 40 luvun 15–17 §:ssä tarkoitettua määrärajoitusta. Toisen momentin mukaan sulautumistilanteessa tappioiden vähentämistä koskevaa määrärajoitusta määritettäessä IL 40 luvun 15 ja 16 §:ssä tarkoitettu hankintameno lasketaan sulautumisvastikkeen ja sulautuvan yhtiön osakkeiden hankintamenon summana. Mikäli sulautumisvastikkeena on annettu vastaanottavan yhtiön osakkeita, on oikeuskäytännössä katsottu, että ne on arvostettava käypään arvoon hankintamenoa määritettäessä¹⁴¹. Sulautumiseen sovelletaan siten soveltuvien osin samoja sääntöjä kuin omistajanvaihdokseen osakekaupan yhteydessä.

Määrärajoitus ei IL 37 luvun 22 §:n nojalla koske tilanteita, joissa vastaanottavalla yhtiöllä jo ennen sulautumista oli määräysvalta sulautuvassa yhtiössä. Tämä mahdollistaa osan konsernin sisäisistä järjestelyistä ilman veroseuraamuksia. Kuitenkin tilanteessa, jossa kaksi tai

¹³⁸ Ahonen ym. 2016, s. 540, 542.

¹³⁹ Andersson – Penttilä 2014, s. 879.

¹⁴⁰ Skatteverket 2018.

¹⁴¹ RÅ 2009 ref. 5.

useampi saman tahon omistamaa sisaryhtiötä sulautuu, määrärajoitus aktualisoituu, sillä vastaanottavalla yhtiöllä ei tällöin ole ollut määräysvaltaa sulautuvassa yhtiössä ennen sulautumista. Vastaavasti myös vastavirtafuusiassa, jossa emoyhtiö sulautuu tytäryhtiöön, on sovellettava IL 37 luvun 21 §:n mukaista määrärajoitusta. Tästä oli kyse ratkaisussa RÅ 2009 ref. 5. Siinä Y Ab:n oli tarkoitus sulautua kokonaan omistamaansa tytäryhtiöön X Ab:iin, jolloin Y Ab purkautuisi ja Y Ab:n omistaja Z Ab saisi sulautumisvastikkeena X Ab:n osakkeita. *Regeringsrätten* katsoi, että IL 37 luvun 22 §:n poikkeussäännös soveltuu ainoastaan tilanteessa, jossa sulautuva yhtiö on vastaanottavan yhtiön tytäryhtiö. Lain sanamuoto ei mahdollista poikkeussäännön soveltamista tilanteessa, jossa vastaanottava yhtiö on sulautuvan yhtiön tytäryhtiö.

Määrärajoituksen aktualisoitumista sisaryhtiö- ja vastavirtasulautumisen yhteydessä on mahdollista kuitenkin kiertää IL 40 luvun säännöksiä hyödyntämällä. Tämä onnistuu siten, että sulautuvaksi suunniteltu yhtiö myydään ensin vastaanottavalle yhtiölle. Tässä kohtaa määrärajoitusta ei IL 40 luvun 10 §:n nojalla sovelleta, sillä määräysvallan tappiollisessa yhtiössä hankkiva yhtiö on jo ennen osakekauppaa ollut osa samaa konsernia. Luovutuksen jälkeen kohdeyhtiö voidaan sulauttaa sen hankkineeseen yhtiöön tytäryhtiösulautumisella. Määrärajoitusta ei tällöin sovelleta, koska vastaanottavalla yhtiöllä on määräysvalta sulautuvassa yhtiössä ennen sulautumista.¹⁴²

3.4.2. Tappioiden vähennysoikeus sulautumisen jälkeen

Tappioiden vähennysoikeutta sulautumisen jälkeen koskee IL 37 luvun 24 §. Sen mukaan vastaanottava yhtiö saa kuudentena verovuonna sulautumisen täytäntöönpanon jälkeen vähentää sellaiset käyttämättömät tappionsa, jotka ovat sulautumista edeltäviltä vuosilta sekä sellaiset sulautuneen yhtiön tappiot, jotka sillä oli käyttämättä viimeisenä verovuotenaan. Ruotsin verotuskäytännössä tämä sääntö tunnetaan myös nimellä *fusionsspärr*, ja sen tarkoitus on estää IL 40 luvun mukaisen konserniavustusrajoituksen kiertämistä¹⁴³. Kuuden vuoden aikarajoitus koskee sekä vastaanottavan yhtiön omia että sulautumisessa siirtyneitä tappioita.

¹⁴² KPMG 2013, s. 273.

¹⁴³ Skatteverket 2011, s. 509.

Poikkeus tappioiden vähennysoikeutta rajoittavaan 24 §:n pääsääntöön on IL 37 luvun 25 §:ssä, jonka mukaan, mikäli sulautuvien yhtiöiden välillä on täytynyt verolainsäädännön mukaiset edellytykset konserniavustuksen myöntämiselle jo sulautumisen täytäntöönpanoa edeltävänä verovuonna, kuuden vuoden rajoitussääntöä ei sovelleta. *Skatterättsnämnden* on ennakkoratkaisussaan SRN 2006-12-04 tutkinut muun ohella sitä, olivatko edellytykset konserniavustuksen antamiselle täyttyneet. Kysymys oli sitä, täytyikö konserniavustusoikeus kun ruotsalainen yhtiö aikoi sulautua islantilaiseen emoyhtiöön jolla sulautuvan yhtiön lisäksi oli myös ruotsalainen sivuliike. Islantilainen yhtiö oli verovelvollinen konserniavustuksesta ruotsalaiselle sivuliikkeelle, ja tällöin myös muiden IL 37 luvun 25 §:n soveltamis-edellytysten katsottiin täytyvän.¹⁴⁴ Lainkohdan esitöissä on kuitenkin esitetty, että poikkeusta ei tulisi soveltaa, jos omistajanvaihdoksen kohteena oleva yhtiö on sulautunut konserniavustusta antavaan yhtiöön. Esimerkiksi tilanteessa, jossa tappioryhtiö A:n tytäryhtiö B hankkii osakkeita C:ssä, jonka jälkeen C sulautuu B:hen, tulee rajoitus sovellettavaksi B:n A:lle myöntämään konserniavustukseen. Poikkeus ei koske myöskään konserniavustusta joka myönnetään uudesta konserniyhtiöstä tappioryhtiölle esimerkiksi sen vanhan emoyhtiön kautta.¹⁴⁵

3.5. Tappioiden siirtyminen sulautumisessa Saksan oikeuden mukaan

Saksassa sulautumisten ja muiden yritysjärjestelyiden verotusta sääntelee *Umwandlungsteuergesetz* (28.10.1994, UmwStG). UmwStG 11 §:ssä on säädetty veroneutraalin sulautumisen edellytyksistä. Ensinnäkin on pystyttävä varmistumaan siitä, että sulautuneen yhtiön piilovaroihin, joilla tarkoitetaan tässä yhteydessä tasearvojen ja käypien arvojen erotusta, kohdistuu yhteisöverotus myöhemmin vastaanottavan yhtiön tasolla. Lisäksi edellytetään, että Saksan oikeutta verottaa siirtyneitä varoja ei rajoiteta tai poisteta ja siirtyvästä nettovarallisuudesta ei makseta sulautumisvastiketta, tai vastike koostuu kokonaisuudessaan vastaanottavan yhtiön osakkeista. Näiden kaikkien kolmen edellytyksen on täyttyttävä veroneutraalissa sulautumisessa. Saksan oikeus verottaa siirtyviä varoja ei poistu tai rajoitu, jos vastaanottava yhtiö on yleisesti verovelvollinen Saksassa, tai jos varat siirtyvät vastaanottavan yhtiön saksalaiselle kiinteälle toimipaikalle.¹⁴⁶

¹⁴⁴ IL 37 luvun säännösten soveltumisesta rajat ylittävässä tilanteessa ks. myös RÅ 2010 ref. 92.

¹⁴⁵ Regeringens proposition 1993/94:50, s. 327.

¹⁴⁶ Perdelwitz 2017.

Edes veroneutraalissa sulautumisessa sulautuvan yhtiön tappiot eivät kuitenkaan saksalaisen verolainsäädännön mukaan siirry vastaanottavalle yhtiölle. UmwStG 12 ja 4 §:ien nojalla sulautuneen yhtiön varojen hankintamenot, poistot ja muut veroattribuutit siirtyvät sellaisinaan vastaanottavalle yhtiölle. Olennainen poikkeus tästä on kuitenkin sulautuvalle yhtiölle verovuonna kertyneet ja aikaisemmilta verovuosilta vähentämättä olevat tappiot. UmwStG 12 §:n 3 kohdan sekä 4 §:n 2 ja 3 kohtien nojalla vastaanottava yhtiö ei voi hyödyntää sulautuvan yhtiön tappioita, joten käytännössä vähentämättä olevat tappiot menetetään sulautumisen yhteydessä.¹⁴⁷

Sulautuvan yhtiön tappioiden hyödyntäminen voidaan kuitenkin joissain tilanteissa mahdollistaa varojen arvostamiseen liittyvillä valinnoilla. Saksan verolainsäädäntö mahdollistaa kaikissa yritysjärjestelyissä varojen arvostamisen niiden käypään arvoon, mikä johtaa taseen piiloarvojen realisoitumiseen järjestelyn täytäntöönpanon yhteydessä. Silloin kun Saksalla on oikeus verottaa järjestelyssä siirtyviä varoja, yritysjärjestely voidaan hakemuksesta toteuttaa tasearvoin. Tällaisessa tilanteessa voidaan valita käypää arvoa alhaisempi arvo, jotta vähentämättömät tappiot voidaan hyödyntää kuittaamalla ne järjestelyssä mahdollisesti syntyvästä voitosta. Käytännössä esimerkiksi tytäryhtiösulautumisessa sulautumiserotus saadaan vähentämällä siirtyvän omaisuuden arvosta tytäryhtiöosakkeiden hankintameno. Jos tytäryhtiöosakkeet arvostetaan niiden käyvän arvon sijasta alempaan tasearvoon, voidaan saada sulautumisvoittoa, joka mahdollistaa tappioiden hyödyntämisen järjestelyn yhteydessä.¹⁴⁸

Tällaisia kirjanpidollisia toimenpiteitä ei aikaisemmin edellytetty tappioiden säilyttämiseksi, sillä myös Saksassa oli mahdollista siirtää sulautuvan yhtiön tappiot vastaanottavalle yhtiölle verolainsäädännön mukaisessa sulautumisessa. Saksa ei kuitenkaan halunnut ottaa riskiä siitä, että se joutuisi myöntämään saksalaisille konserneille oikeuden hyödyntää myös ulkomailla syntyneitä tappioita yritysjärjestelyiden seurauksena. Siten vastauksena Marks & Spencer tuomion mukaiseen yritysjärjestelydirektiivin tulkintaan Saksan lainsäätäjät poisti mahdollisuuden tappioiden siirtymisestä kotimaisten sulautumisten yhteydessä. Käytän-

¹⁴⁷ Perdelwitz 2017.

¹⁴⁸ KPMG 2016, s. 10, Zinn 2012, s. 70.

nössä poistettiin siis mieluummin mahdollisuus tappioiden siirtymiseen saksalaisten yhtiöiden välisissä sulautumisissa kuin sallittiin tappioiden siirtyminen rajat ylittävissä järjestelyissä.¹⁴⁹

3.6. Sulautumiset CCCTB-järjestelmässä

CCCTB-järjestelmän tarkastelun kannalta relevantit sulautumistilanteet voidaan jakaa toisaalta tilanteisiin, joissa sulautuminen tapahtuu yritysryhmän sisällä ja toisaalta tilanteisiin, joissa erilliset CCCTB-ryhmät sulautuvat tai CCCTB-ryhmän jäsen sulautuu toiseen CCCTB-ryhmään. Tilanteessa, jossa kaksi tai useampi saman CCCTB-ryhmän jäsentä sulautuu yhteen vastaanottavaan yhtiöön tai yhtiöt sulautuvat perustamalla yhdessä vastaanottavan yhtiön, on erotettava toisistaan toisaalta veropohjien yhdistämistä edeltävät tappiot ja toisaalta sellaiset konsolidaation aikana CCCTB-ryhmälle syntyneet tappiot, jotka edeltävät sulautumista. CCCTB-ryhmän sisäisissä uudelleenjärjestelyissä jälkimmäinen tilanne ei edellytä erityissääntelyä, sillä ryhmän sisällä konsolidoinnin aikana syntyneet tappiot säilyvät CCCTB-ryhmän tasolla, eivätkä niihin vaikuta ryhmän sisällä tapahtuneet ryhmän jäsenyhtiöiden väliset sulautumiset.¹⁵⁰

Vuoden 2016 CCCTB-direktiiviehdotuksessa on kaksi erityisesti yritysjärjestelyjä koskevaa artiklaa. Direktiiviehdotuksen 22 artikla käsittelee uudelleenorganisointeja ryhmän sisällä. Sen lähtökohtana on, että sisäiset järjestelyt eivät saa aiheuttaa voittoja tai tappioita yhdistettyä veropohjaa määritettäessä. 22 artiklan 2 kohdan mukaan, mikäli verovelvollisen omaisuuserät siirtyvät olennaisilta osin toiseen jäsenvaltioon, siirretyt omaisuuserät on kohdennettava siirtävän verovelvollisen omaisuuserää koskevalle tekijälle enintään viiden vuoden ajan kyseisestä siirrosta niin kauan kuin jokin ryhmän jäsen on edelleen kyseisten omaisuuserien taloudellinen haltija. Tilanteessa, jossa verovelvollista ei järjestelyn seurauksena enää ole, tai jolla ei enää ole kiinteää toimipaikkaa jäsenvaltiossa, josta omaisuuserät siirrettiin, on omaisuuseriä koskevan jakotekijän osalta verovelvollisella kuitenkin katsottava olevan kiinteä toimipaikka kyseisessä jäsenvaltiossa.

Veropohjien yhdistämistä edeltävät tappiot, jotka ovat syntyneet kansallisessa verojärjestelmässä, vähennetään pääsäännön mukaisesti kyseiselle ryhmän jäsenelle kohdistetusta jako-

¹⁴⁹ Ehlermann – Röper 2006, s. 35.

¹⁵⁰ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 444–445.

osuudesta. Kuitenkin tilanteessa, jossa sulautumisen seurauksena sulautuneen yhtiön tilalle jää käytännössä varaton kiinteä toimipaikka tai kiinteää toimipaikkaa ei jää lainkaan, on tappioiden kohdistamisesta säädetty erikseen. Tällöin CCCTB-direktiiviehdotuksen 22 artiklan 2 kohdan mukaan, on omaisuususeriä koskevan jakotekijän osalta kuitenkin katsottava olevan kiinteä toimipaikka kyseisessä jäsenvaltiossa. Käytännössä siis sulautuneelle yhtiölle kohdistetaan viiden vuoden ajan osuus yhdistetystä veropohjasta, vaikka yhtiötä ei juridisesti olisi enää olemassa. Tällöin varat, jotka sulautunut verovelvollinen omisti, kasvattavat sen jäsenvaltion jako-osuutta ja verotusoikeutta, jossa ne sijaitsivat ennen uudelleenjärjestelyä. Näin yhdistetystä veropohjasta voidaan kuitata sulautuneen yhtiön vähentämättömiä, konso-lidointia edeltäneitä tappioita.

Direktiivissä ei säädellä, miten mahdollisesti vähentämättä olevia tappioita kohdellaan viiden vuoden jälkeen, mikäli jäsenvaltioon ei sulautumisen jälkeen jää kiinteää toimipaikkaa. Tällöin ei ole mitään verotettavaa subjektia, jolle jako-osuutta voitaisiin allokoida, mutta toisaalta vähentämättömiä tappioita ei tulisi menettää siltä osin kuin kansallisen lainsäädännön nojalla tappioiden vähentäminen olisi vielä mahdollista. Tällaiseen tilanteeseen voisi soveltua Marks & Spencer tuomion periaatteet, mutta se edellyttää, että emoyhtiön jäsenvaltio sallii vastaavan tappionvähennyksen myös kotimaisissa tilanteissa. Mitroyanni ja Putzolu argumentoivatkin, että verovelvollisyyhteinen direktiivi asettaisi emoyhtiön jäsenvaltiolle eksplisiittisen velvoitteen ottaa huomioon sulautuneen yhtiön tappiot riippumatta siitä, millainen kansallinen tappiontasaussäännöstö on. Toisaalta on myös niin, että kansallisia tappiontasaussääntöjä tulisi direktiivin tasolla kunnioittaa.¹⁵¹

Euroopan parlamentti on 15.3.2018 käsitellyt CCCTB-direktiiviä ja ratkaissut viiden vuoden ongelman veronsaajamyönteisellä tavalla. Päätöslauselmassa komission direktiiviehdotusta on muutettu siten, että tappioiden vähennysoikeus on rajoitettu viiteen vuoteen.¹⁵² Näin ollen ei ole tarvetta miettiä sitä, kuinka vähentämättä jääneitä tappioita CCCTB 22 artiklan tarkoittamassa tilanteessa kohdellaan viiden vuoden jälkeen, koska ne ilmeisesti menetetään lopullisesti.

¹⁵¹ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 445.

¹⁵² Euroopan parlamentti 15.3.2018 – CCCTB

Jos tarkastellaan tilannetta, jossa kaksi CCCTB-ryhmää sulautuu toisiinsa, soveltuu tilanteeseen CCCTB-direktiiviehdotuksen 23 artiklan 3 kohta. Sen mukaan, jos pääasiallisista verovelvollisista kaksi tai useampi sulautuu yritysjärjestelydirektiivissä tarkoitetulla tavalla, ryhmän mahdolliset vähentämättömät tappiot on kohdennettava sen jäsenille direktiivin VIII luvun mukaisesti sen verovuoden lopussa sovellettavien jakotekijöiden perusteella, jona sulautuminen tapahtuu. Vähentämättömät tappiot on siirrettävä eteenpäin tuleville vuosille. Artiklaa sovelletaan kun ryhmän emoyhtiö sulautuu veroneutraalisti joko absorptio- tai kombinaatiosulautumisella. Tällöin tappioiden kohdentaminen tapahtuu jakokaavan avulla ryhmän jäsenille. Näin ollen siis konsolidaation aikana syntyneet tappiot säilyvät CCCTB-ryhmien emoyhtiöiden välisessä sulautumisessa ja ne tulisi jakaa kullekin sulautuvan CCCTB-ryhmän verovelvolliselle, mukaan lukien kiinteille toimipaikoille, noudattaen sulautumishetken mukaista jakokaavaa. Uudessa sulautumisen jälkeisessä CCCTB-ryhmässä vanhan ryhmän aikana syntyneitä tappioita kohdellaan kuten konsolidointia edeltäviä tappioita, ja ne kuitataan siten verovelvolliskohtaisesta jako-osuudesta.

Mitä tulee veropohjien yhdistämistä edeltäviin tappioihin kahden CCCTB-ryhmän sulautuessa, tällöinkin konsolidaatiota edeltävät tappiot säilyvät kohdennettuna niille verovelvollisille, joille ne ovat kertyneet kansallisen verojärjestelmän mukaisesti. Tällaiset tappiot eivät siten vähennä yhdistettyä veropohjaa. Jos uudelleenjärjestelyn seurauksena ryhmän jäsen lakkaa olemasta eikä verotettavaa subjektia jää jäljelle esimerkiksi kiinteän toimipaikan muodossa, konsolidaatiota edeltävät tappiot voidaan menettää, elleivät Marks & Spencer tuomion edellytykset tappioiden lopullisuudesta täyty.¹⁵³

3.7. Yhteenveto tappioiden siirtymisestä sulautumistilanteissa

Kotimaisia sulautumisia koskevat tappiontasaussäännöt ovat varsin erilaisia Suomessa, Ruotsissa ja Saksassa. Suomessa tappiot eivät voi siirtyä sulautumisessa, ellei vastaanottava yhtiö tai sen osakas ole omistanut tappiovuoden alusta lukien yli puolta sulautuneen yhtiön osakkeista. Poikkeuslupaa ei voida sulautumistilanteissa hakea. Ruotsissa taas on pyritty kohtelevaan sulautumisia ja muita omistajanvaihdoksia samalla tavoin. Siten tappioiden säilyminen riippuu sulautumistilanteessakin määräysvallan hankkimisesta maksetusta vastikkeesta. Sulautumistilanteessa tappioiden vähentämistä koskevaa määrärajoitusta määritettäessä IL 40 luvun 15 ja 16 §:ssä tarkoitettu hankintameno lasketaan sulautumisvastikkeeseen ja

¹⁵³ Mitroyanni – Putzolu 2009, s. 446.

niiden vastaanottavan yhtiön hankintamenojen summana, joilla on hankittu osuudet sulautuvassa yhtiössä. Saksassa sulautuvan yhtiön tappiot eivät lainkaan siirry vastaanottavalle yhtiölle, mutta niitä voidaan varojen arvostamisratkaisujen avulla pyrkiä hyödyntämään sulautumisen yhteydessä.

Rajat ylittäviä sulautumisia on säännelty yritysjärjestelydirektiivissä. Tappioiden osalta direktiivissä otetaan kuitenkin kantaa vain tilanteisiin, joissa sulautuvan yhtiön tilalle jää jäsenvaltion kiinteä toimipaikka. Tällöin, jos sulautuvan yhtiön vahvistetut tappiot siirtyvät sulautuvan yhtiön jäsenvaltion lainsäädännön mukaan vastaanottavalle yhtiölle, sulautuvan yhtiön jäsenvaltion on sovellettava säännöksiä tappioiden siirtymisestä myös rajat ylittävään sulautumiseen. Sellaisissa tilanteissa, joissa kiinteää toimipaikkaa ei jää, on EUT:n käytännössä muodostunut säännöstö, jonka mukaan tappiot siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle, mikäli vastaanottavan yhtiön asuinvaltion kansallinen lainsäädäntö hyväksyy tappioiden siirtymisen kotimaisten sulautumisten yhteydessä, ja mikäli sulautuva yhtiö on käyttänyt loppuun mahdollisuudet kyseisten tappioiden huomioon ottamiseksi eikä ole mahdollisuutta siihen, että joko sulautuva yhtiö itse tai kolmas osapuoli saisi ottaa ne huomioon sulautuvan yhtiön asuinvaltiossa tulevien verovuosien osalta.

CCCTB-järjestelmässä yritysryhmän sisäiset uudelleenjärjestelyt eivät lähtökohtaisesti vaikuta sellaisten tappioiden vähennysoikeuteen, jotka ovat syntyneet CCCTB-ryhmälle veropohjien yhdistämisen aikana. Sellaiset tappiot, jotka ovat syntyneet CCCTB-ryhmän jäsenelle ennen ryhmään liittymistä, vähennetään pääsääntöisesti kyseisen jäsenen jako-osuudesta. Kuitenkin sulautumistilanteessa, jossa sulautuvan yhtiön tilalle ei jää kiinteää toimipaikkaa, on säädetty erikseen, että tappioiden vähentämistä varten kiinteän toimipaikan katsotaan kuitenkin säilyvän viiden vuoden ajan, jotta tappiot voidaan vähentää sulautuneen yhtiön jako-osuudesta. Euroopan parlamentin 15.3.2018 antaman päätöslauselman perusteella viiden vuoden jälkeen mahdolliset vielä jäljellä olevat tappiot menetetään lopullisesti.

CCCTB-direktiiviehdotuksessa on säädelty erikseen tilanteesta, jossa CCCTB-ryhmien emoyhtiöt sulautuvat keskenään. Sulautuvalle ryhmälle konsolidaation aikana syntyneet tappiot säilyvät sulautumisessa, ja ne tulisi jakaa kullekin sulautuvan CCCTB-ryhmän verovelvolliselle, mukaan lukien kiinteille toimipaikoille, noudattaen sulautumishetken mukaista jakokaavaa. Uudessa sulautumisen jälkeisessä CCCTB-ryhmässä vanhan ryhmän aikana

syntyneitä tappioita kohdellaan kuten konsolidointia edeltäviä tappioita, ja ne kuitataan siten verovelvolliskohtaisesta jako-osuudesta.

CCCTB-järjestelmässä konserniyhtiöiden väliset rajat ylittävät sulautumiset helpottuvat tappioiden siirtymisen osalta, sillä CCCTB-ryhmän sisäisissä järjestelyissä sulautuvalle yhtiölle ennen CCCTB-ryhmään kuulumista syntyneet tappiot voidaan kuitata sen laskennallisesta jako-osuudesta vielä viisi vuotta sulautumisen jälkeen, vaikka sulautumisessa ei jäisikään jäljelle kiinteää toimipaikkaa. Tappiot, jotka ovat syntyneet CCCTB-järjestelmän soveltamisen aikana, säilyvät ryhmän sisäisissä uudelleenjärjestelyissä CCCTB-ryhmän tasolla, eikä niiden vähennysoikeuteen tai määrään kohdistu rajoituksia. Myös kahden CCCTB-ryhmän emoyhtiön välisessä sulautumisessa tappiot lähtökohtaisesti säilyvät. CCCTB-järjestelmän sisällä syntyneisiin tappioihin eivät ilmeisesti vaikuta myöskään jäsenvaltioiden kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvät tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset.

CCCTB-järjestelmä siten toteutuessaan yksinkertaistaisi nykyistä yritysjärjestelydirektiiviin ja EUT:n käytäntöön perustuvaa tappioiden kohtelua sulautumistilanteissa. Täysin aukoton ei nykyinen CCCTB-direktiiviehdotuskaan ole, vaan tietyissä tilanteissa jouduttaisiin ilmeisesti edelleen turvautumaan Marks & Spencer tuomiosta johdettuihin oikeussääntöihin. Parannus nykytilaan nähden olisi kuitenkin huomattava, koska eri jäsenvaltioihin sijoittautuneiden konserniyhtiöiden välillä voitaisiin tehdä yritysjärjestelyjä ilman pelkoa siitä, että yksittäisen tytäryhtiön tappiot menetetään. On kuitenkin huomattava, että Euroopan parlamentin käsittelyn jäljiltä direktiiviehdotusten tappiontasausoikeus on varsin rajoitettu, sillä viisi vuotta on verrattain lyhyt aika tappiontasaukselle. Juuri viiteen vuoden aikarajoitus saattaa perustua direktiiviehdotuksissa mainittuihin omaisuuserien kohdentamiselle asetettuihin aikarajoituksiin, jollainen on esimerkiksi CCCTB-direktiiviehdotuksen 22(2) artiklassa. Jos näin on, on parlamentti jokseenkin lyhytnäköisesti pyrkinyt ratkaisemaan ongelman siitä, miten omaisuuserien kohdentamisen osalta menetellään tuon viiden vuoden ajanjakson jälkeen, eikä ole huomionnut sitä, että viiteen vuoteen rajoitettu tappioiden vähennysoikeus on merkittävä heikennys verovelvollisen asemaan maksukykyisyysperiaatteen näkökulmasta.

Sulautumistilanteita koskevien rajoitussääntöjen taustalla on ajatus siitä, että omistajanvaihdoksia koskevia rajoitussääntöjä ei kierrettäisi sulautumisen avulla. Siten olisi luonnollista,

mikäli tappioiden menettämistä koskevat säännöt noudattaisivat samaa kaavaa kuin omistajanvaihdostilanteissa. Näin on kuitenkin tarkastelluista verojärjestelmistä vain Ruotsissa. Suomessa tappiot menetetään sulautumisen yhteydessä hyvin herkästi, ellei TVL 123.2 §:n omistusedellytys täyty ja Saksassa tappiot eivät siirry sulautumisessa lainkaan. Yritysjärjestelydirektiivi ja EUT:n käytännössä muodostunut lopullisten tappioiden doktriini jäävät sisällöltään käytännössä tyhjiksi, mikäli jäsenvaltiot eivät hyväksy tappioiden siirtymistä vastaavissa kansallisissa järjestelyissä. Siten olisi yritysjärjestelydirektiivin tavoitteiden kannalta olennaista, että direktiivissä säädettäisiin suoraan jäsenvaltioiden velvollisuudesta hyväksyä tappioiden siirtyminen yritysjärjestelyjen yhteydessä.

Jäsenvaltioiden haluttomuus hyväksyä tappioiden siirtymistä jäsenvaltiosta toiseen yritysjärjestelyjen yhteydessä perustuu epäilemättä jäsenvaltioiden verotulonäkökohtiin. Lisäksi taustalla voi olla pelko siitä, että yritysjärjestelyjen avulla pyritään kiertämään veroja. Periaatteessa vaara veron kiertämisestä voi oikeuttaa verotuskohtelun, joka rajoittaa SEUT:n mukaisia perusvapauksia. Mikäli kuitenkin voidaan objektiivisesti osoittaa, että verotuksellisista syistä huolimatta kyseinen järjestely vastaa todellisia taloudellisia olosuhteita, eivät tällaiset rajoitukset lähtökohtaisesti ole hyväksyttäviä. Verovelvolliselle tulisi antaa mahdollisuus osoittaa, että järjestely on aito, ja sille on liiketaloudellisia perusteita. Toisaalta myös tilanteessa, jossa ei ole kyse täysin keinotekoisesta järjestelystä, EUT on hyväksynyt rajoittavat kansalliset säännökset veronkiertoargumentin nojalla, jos myös julkisen edun turvaamiseen liittyvät syyt oikeuttavat kyseisen säännöksen.¹⁵⁴ Tappioiden väärinkäytön riski on EUT:n oikeuskäytännössä¹⁵⁵ hyväksytty varsin laajasti perusvapauksien rajoittamisen oikeusperusteeksi. Tulkinta on perustunut pelkkään riskianalyysiin, jolloin on katsottu, että yksinomaan riski veron kiertämisestä voi oikeuttaa vapaan liikkuvuuden tai palveluiden tarjoamisen rajoittamisen. Taustalla on Douradon käsityksen mukaan ajatus siitä, että olisi varsin haasteellista kontrolloida tappioiden vähentämistä varsinkin rajat ylittävissä tilanteissa, jos vähennysoikeutta arvioitaisiin vaikkapa siirtohinnoittelusta tutun keinotekoisuustestin (*artificiality test*) avulla.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Helminen 2011, s. 177.

¹⁵⁵ Näin esim. C- 446/03 Marks & Spencer -tuomion kohdassa 49.

¹⁵⁶ Dourado 2015, s. 45.

4. JOHTOPÄÄTÖKSET

4.1. Osakekauppoihin liittyvistä tappioiden vähennysoikeuden rajoituksista

Tässä tutkimuksessa on tarkasteltu tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia yrityskaupan yhteydessä. Tarkastelun kohteena on ollut osakekauppaa ja sulautumista koskevat säännöt Suomessa, Ruotsissa, Saksassa sekä CCCTB-järjestelmässä. Kysymykseen siitä, toteutuvatko tappioiden vähennysrajoituksia koskevissa säännöksissä verotuksen neutraliteetti ja oikeudenmukaisuus, on pyritty hakemaan vastausta erittelemällä ensin, millaisia tappioiden vähennysoikeuden rajoituksia tarkastelun kohteena olevissa verojärjestelmissä omistajanvaihdostilanteisiin liittyy. Tämän jälkeen on käsitelty sitä, millaisin edellytyksin sulautuvan yhtiön tappiot siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle tarkastelluissa verojärjestelmissä.

Kaikissa oikeusvertailun kohdevaltioissa käsitykset siitä, milloin verolainsäädännössä tarkoitettu omistajanvaihdos tapahtuu, vaihtelevat. Siinä missä Suomen oikeudessa vain osakkeiden lukumäärä on tältä osin ratkaiseva, Ruotsissa omistajavaihdoksen saa aikaan määräysvallan hankkiminen kohdeyhtiössä. Saksassa tappioiden menettämiseen johtavana luovutuksena pidetään osakkeiden tai jäsen-, osallistumis- tai äänioikeuksien siirtymistä omistajalta toiselle. Tappioiden vähennysoikeutta omistajanvaihdostilanteissa rajoittavien säännösten taustalla on ajatus siitä, että tappioilla ei tulisi voida käydä kauppaa, vaan niiden vähennysoikeus tulisi olla juridisesti samalla taholla, jolle ne ovat aiheutuneet. Siten voidaan pitää perusteltuna sitä, että vähennysrajoitusten yhteydessä omistajanvaihdos liittyy nimenomaan määräysvallan vaihtumiseen tappioyhtiössä. Tätä puoltaa osaltaan myös Saksan perustuslakituomioistuimen argumentti siitä, että esimerkiksi 25 prosentin omistusosuus yhtiössä ei tuota määräysvaltaa tappioiden käyttämiseen, eikä tällaisen omistusosuuden siirtymisen siten tulisi aiheuttaa tappioiden menettämistä. Voisikin olla aiheellista päivittää myös TVL 122 §:n tulkintaa siltä osin, että osakkeiden tuottama äänimäärä olisi ratkaiseva omistajavaihdoksen kannalta. Tällöin tilanteissa, joissa määräysvalta tappioyhtiössä ei osakekaupan seurauksena vaihdu, ei päädyttäisi tappioiden vähennysoikeuden menettämiseen.

Ruotsissa tappioiden vähennysoikeuden rajoittaminen osakekauppojen yhteydessä on sidottu osakkeista maksettavaan kauppahintaan. Vaikka sinänsä voisi ajatella olevan varsin yksinkertaista maksaa tappioyhtiöstä tarpeeksi suuri kauppahinta, jotta tappioita ei kaupan yhteydessä menetetä, liittyy ruotsalaiseenkin lainsäädäntöön tulkinnanvaraisuutta esimerkiksi tilanteessa, jossa kauppahintaa oikaistaan tappioyhtiöön tehtyjen pääomasijoitusten

määrällä. Toisaalta verovelvollisella on mahdollisuus kauppahinnan määrittämisellä vaikuttaa siihen, menetetäänkö tappiot vai ei. Saksassa puolestaan tappioiden vähennysoikeus menetetään osakekauppojen yhteydessä suhteellisen helposti. Vaikka 25–50 prosentin muutokset omistussuhteissa eivät Saksan perustuslakituomioistuimen ratkaisun mukaan saisi aiheuttaa tappioiden menettämistä, saa yli 50 prosentin muutos omistuspohjassa lähtökohtaisesti aikaan tappioiden automaattisen menettämisen. Vuodesta 2016 lähtien on ollut kuitenkin mahdollista myös hakemuksesta säilyttää tappiot, mikäli tappioyhtiön liiketoiminnassa ei ole tapahtunut olennaisia muutoksia. On kuitenkin ennustettu, että käsite liiketoiminnan muuttumisesta tulee aiheuttamaan tulkintaongelmia.

Suomi sijoittuu osakekauppojen yhteydessä tapahtuvan tappioiden vähennysoikeuden rajoittamisen osalta jonnekin Ruotsin ja Saksan välimaastoon. Toisaalta tappiot menetetään automaattisesti jos yli puolet osakkeista vaihtaa omistajaa. TVL 122 §:n rakenteesta voidaan päätellä, että tappioiden menettäminen on nimenomaan pääsääntö ja 3 momentin mukainen poikkeuslupamahdollisuus vain poikkeus siitä. Toisaalta käytännössä poikkeuslupa tappioiden säilyttämiseksi on saatu lähtökohtaisesti aina kun osakekaupalle on pystytty osoittamaan liiketaloudellisia perusteita. Siten ihannetilanteessa Suomen verojärjestelmä toimisi tappioiden vähennysrajoitusten ration mukaisesti. Kuitenkin käytännössä poikkeusluvan myöntäminen on Verohallinnon harkinnan varassa, mikä on omiaan lisäämään järjestelmän epävarmuutta.

Kaikissa rajoitussäännöksissä ongelmana on se, että ne kohtelevat lähtökohtaisesti samalla tavoin tilannetta, jossa osakekauppa toteutetaan esimerkiksi, jotta pääomasijoittaja suostuu sijoittamaan yhtiöön, ja toisaalta tilanteita joissa ollaan kiinnostuneita pelkästään kohdeyhtiön tappioista. Tällöin asetetaan eriarvoiseen asemaan sellaiset verovelvolliset, joiden omat resurssit eivät riitä yritystoiminnan pyörittämiseen ja toisaalta sellaiset, joiden resurssit riittävät. Verovelvollisen kannalta kaikkein edullisin sääntely mahdollistaisikin tappioiden vähennysoikeuden säilyttämisen lähtökohtaisesti aina omistajanvaihdostilanteissa. Tällöin veroviranomaiset voisivat puuttua vain tilanteisiin, joissa selkeästi pyrittäisiin kiertämään veroa tappioita käyttämällä. Tällöin myös verotuksen maksukykyisyysperiaate toteutuisi parhaiten, kun verovelvollinen maksaisi veroa reaalitylöstään, eivätkä pelkästään verovelvollisen omistuspohjassa tapahtuvat muutokset saisi aikaan tappiontasausoikeuden menettämistä.

Tappiontasausoikeuden osalta konserniyhtiöiden sisäisiin järjestelyihin liittyviä yrityskauppoja voisi lähtökohtaisesti helpottaa CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten voimaantulo. CCCTB-järjestelmässä lähtökohtana on, että konsernin sisäiset järjestelyt eivät saa aikaan muutoksia tappioiden vähennysoikeudessa. Kuitenkin tilanteessa, jossa konsernin ulkopuolinen yhtiö hankkii sellaisen osuuden kohdeyhtiöstä, että siitä tulee direktiivin tarkoittama ostajan tytäryhtiö, ja lisäksi kohdeyhtiön toiminnassa tapahtuu merkittävä muutos, vähentämättömät tappiot menetetään. Sellaisten tappioiden vähennysoikeuden osalta, jotka ovat syntyneet jo ennen veropohjien yhdistämistä, noudatetaan kansallisia säännöksiä. Siten, mikäli CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotukset hyväksyttäisiinkin, ei tappioiden vähennysoikeuden rajoituksiin ole odotettavissa verotuksen neutraalisuuden tai verovelvollisen maksukyvyyn kannalta mullistavia uudistuksia.

CCTB- ja CCCTB-direktiiviehdotusten tavoitteena on yritysten voittojen verottaminen oikeudenmukaisella ja tehokkaalla tavalla, joten voisi kuvitella, että ne mahdollistaisivat mahdollisimman laajan tappiontasausoikeuden, jotta verovelvolliset maksaisivat veroa yhdenvertaisesti maksukykynsä mukaan. Kuitenkin Euroopan parlamentin päätöslauselmissa 15.3.2018 on päätetty rajata tappiontasausoikeus viiteen vuoteen niin yritysjärjestelyiden yhteydessä kuin muutoinkin. Viisi vuotta on verrattain lyhyt aika tilanteessa, jossa kaikkien konserniyhtiöiden veropohjat yhdistetään ja tappiot siirretään eteenpäin kuitattavaksi seuraavaa positiivista yhdistettyä veropohjaa vastaan. Käytännössä tavoite siitä, että verovelvollinen maksaisi veroa reaalitylulostaan, ei tällöin toteudu. Siten voidaan katsoa, että tappiontasausausta koskevien sääntöjen osalta verotuksen maksukykyisyysperiaate ja siten oikeudenmukaisuus ei CCTB- ja CCCTB-direktiiveissä nykymuodossaan toteudu.

4.2. Tappioiden vähennysoikeudesta sulautumisen yhteydessä

Sulautumistilanteita koskevien tappioiden vähennysoikeuden rajoitusten tarkoituksena voidaan pitää osaltaan sitä, että omistajanvaihdoistilanteita koskevia rajoituksia ei kierrettäisi sulautumisen avulla. Siksi olisi loogista, mikäli sulautumis- ja omistajanvaihdoistilanteita kohdeltaisiin tappioiden vähennysrajoitusten osalta samankaltaisesti. Tätä on pidetty lähtökohtana kuitenkin vain Ruotsin tuloverolainsäädännössä, sillä Suomessa sulautumisen yhteydessä tappiot voidaan säilyttää vain tiukkojen omistusedellytysten täyttyessä ja Saksassa tappiot menetetään veroneutraalinkin sulautumisen yhteydessä. Tämä voi osaltaan johtua siitä, että vastaanottavan yhtiön on helpompi hyödyntää siihen sulautuneen yhtiön tappiot

kuin omistajanvaihdostilanteessa mahdollisen uuden tytäryhtiön tappiot. Suomessa ja Ruotsissa omistajanvaihdostilanteissa tappioiden käyttämistä konserniavustuksia vastaan on rajoitettu, mikä osaltaan myös vaikeuttaa konserniin hankitun yhtiön tappioiden hyödyntämistä.

Tappioiden vähennysoikeuden osalta sulautumisen yhteydessä olisi mahdollista soveltaa myös yritysjärjestelydirektiivin nojalla implementoitua EVL 52 h §:ää. Suomalaisessa oikeuskäytännössä on joka tapauksessa katsottu, että mikäli sulautuminen ei täytä EVL 52 a §:n edellytyksiä, sitä pidetään verotuksessa purkautumisena, jolloin myöskään tappiot eivät siirry vastaanottavalle yhtiölle. Vastaavasti tilanteessa, jossa veroneutraalin sulautumisen edellytykset eivät täyty EVL 52 h §:n soveltumisen vuoksi, tappiot menetettäisiin joka tapauksessa, koska tilannetta pidettäisiin verotuksessa yhtiön purkautumisena. Siten voitaisiinkin katsoa, että TVL 123 § ei olisi edes tarpeen, mikäli säännöksellä pyritäisiin vain ja ainoastaan estämään tappioiden hyödyntämiseen liittyvä veron välttäminen.

CCCTB-järjestelmässä konsernin sisäiset sulautumiset eivät saisi aiheuttaa tappioiden vähennysoikeuteen rajoituksia. Sinänsä tämä tavoite vaikuttaa tarkasteltujen säännösten valossa toteutuvankin tilanteessa, jossa on kyse CCCTB-järjestelmää soveltavien yhtiöiden sulautumisesta, eikä yhtiöillä ole muita kuin veropohjien yhdistämisen aikana syntyneitä tappioita. Kuitenkin tilanteessa, jossa kahden CCCTB-ryhmän sulautumisen jälkeen ryhmän jäsenellä on vielä jäljellä veropohjien yhdistämistä edeltäviä tappioita, pysyvät tällaiset tappiot kohdennettuna niille verovelvollisille, joille ne ovat kertyneet kansallisen verojärjestelmän mukaisesti. Tällaiset tappiot voidaan vähentää vain kyseisen verovelvollisen jako-osuudesta kansallisten sääntöjen mukaisesti.

Mikäli CCCTB-järjestelmää soveltavassa konsernissa tehtäisiin samanlainen järjestely kuin tapauksessa C-123/11, A Oy, ei tappioiden säilymisen osalta olisi enää tarvetta arvioida sitä, onko kyseessä niin sanotut lopulliset tappiot. Tällöin CCCTB-direktiivi mahdollistaisi sulautuvan yhtiön tappioiden hyödyntämisen vielä viiden vuoden ajan sulautumisen jälkeenkin. Siten direktiiviehdotusten voimaantulo eittäimättä yksinkertaistaisi rajat ylittäviä sulautumisia tappioiden kohtelun osalta. On kuitenkin huomattava, että tietyissä tilanteissa ennen veropohjien yhdistämistä syntyneisiin tappioihin sovellettaisiin edelleen kansallisia sääntöjä, jotka saattavat estää tappioiden siirtymisen sulautumistilanteissa kokonaan. Kun otetaan huomioon Euroopan parlamentin käsittelyssä keväällä 2018 tehdyt linjaukset, lienee

turha odottaa, että CCCTB-direktiiviin saataisiin sisällytettyä esimerkiksi eksplisiittinen velvollisuus jäsenvaltioille hyväksyä tappioiden vähennysoikeuden säilyminen konsernin sisäisissä järjestelyissä. Vaikuttaa siltä, että direktiivien tavoitteista huolimatta verovelvollisen edun sijasta suurempi painoarvo valmistelussa on jäsenvaltioiden kansallisilla verotulonäkökohdilla.

4.3. Tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset de lege ferenda

Niin sulautumisiin kuin muihinkin omistajanvaihdostilanteisiin liittyvissä tappioiden vähennysrajoituksissa on pohjimmiltaan kyse teoreettisista valinnoista. Jos lähtökohtana pidetään sitä, että tappioiden hyödyntämisoikeus tulisi olla sillä verovelvollisella, jolle ne ovat syntyneet, voidaan tappioiden vähennysoikeuden menettämistä sulautumisen yhteydessä pitää perusteltuna. Sulautumisessahan sulautuva yhtiö käytännössä lakkaa olemasta kun sen varat ja velat siirtyvät vastaanottavalle yhtiölle. Vastaavasti tilanteessa, jossa verovelvollisen omistuspohjassa tapahtuu muutoksia, ei muutoksilla saisi olla vaikutusta tappioiden vähennysoikeuteen, sillä verovelvollinen säilyy edelleen juridisesti samana oikeushenkilönä. Kun kuitenkin otetaan huomioon se, että sulautumisia ja muita yritysjärjestelyjä on haluttu esimerkiksi yritysjärjestelydirektiivin avulla helpottaa, ei tappioiden menettämistä yritysjärjestelyn yhteydessä voida pitää tavoitteen kannalta toivottavana lopputuloksena. Edelleen tulisi huomioida, että sulautumista ei lähtökohtaisesti rinnasteta yhtiön purkamiseen, vaan kyseessä on yleisseuraanto, joten tappioita sulautumisen yhteydessä tulisi kokonaan menettää. Koska vastaanottava yhtiö voi käyttää sulautumisessa siirtyneet tappiot kuin omansa, on sulautumistilanteita kuitenkin perusteltua säännellä tiukemmin kuin tilanteita, joissa verovelvollinen säilyy itsenäisenä oikeushenkilönä, mutta sen omistuspohjassa tapahtuu muutos.

Muun muassa konserniavustusten käyttämiseen liittyvistä rajoituksista johtuen on konserniin hankitun tappioyhtiön tappioita käytännössä vaikea hyödyntää. Lisäksi yhtiö ei voi tappiollista yhtiötä hankkiessaan olla varma siitä, saadaanko tulevaisuudessa tuottoja niin, että tappioita voidaan tosiasiaassa hyödyntää. Siten tappiollisilla yhtiöillä käytävän kaupankäynnin vaara ei nykypäivänä välttämättä ole niin suuri kuin rajoitussäännösten perusteella voisi olettaa. Ehdottaisinkin tuloverolain päivittämistä liike-elämän tarpeita vastaavaksi siten, että veronsaaja voisi puuttua tappioiden vähennysoikeuteen vain tilanteissa, joissa on selvästi kyse veron kiertämiseen tähtäävistä järjestelyistä. Yrityskaupoissa, jotka strukturoidaan osakekauppoja tai sulautumisia hyödyntäen, voidaan Suomen lainsäädännön mukaan helposti

menettää kohdeyhtiön, tai sulautumistilanteessa myös vastaanottavan yhtiön vähentämättömät tappiot. Esimerkiksi tytäryhtiösulautumisessa sulautuvan yhtiön tappiot eivät välttämättä siirry TVL 123 §:n omistusedellytyksestä johtuen, jolloin tappioiden käyttö voidaan turvata vastavirtasulautumisella, kun vastaanottavan tytäryhtiön tappioiden säilyttämiseksi voidaan hakea poikkeuslupaa. Siten on selvää, että verolainsäädäntö vaikuttaa järjestelyn toteutustapaan, eikä TVL:n tappioiden vähennysrajoituksia koskevia säännöksiä ei voida pitää neutraaleina.

Suomessakin voisi osittain ottaa mallia Ruotsin verolainsäädännöstä, joka mahdollistaa tappioiden säilyttämisen, mikäli osapuolet asettavat käytettävän vastikkeen arvon riittäväksi suhteessa tappioiden arvoon. Vaikka ruotsalaisia sääntöjä on myös kritisoitu, voisi niistä hyvin ottaa mallia tuloverolain päivittämiseksi verovelvollisen kannalta oikeudenmukaisempaan suuntaan. Etenkin suoraan lainsäädännöstä ilmenevät edellytykset, joiden perusteella tappioiden vähennysoikeus voidaan säilyttää, sekä mahdollisuus poiketa vähennysoikeuden menettämisestä konsernin sisäisten järjestelyiden yhteydessä olisivat tarpeen. Lisäksi olisi johdonmukaista, mikäli myös yleisseuraantotilanteissa voitaisiin huomioida järjestelyn liiketaloudelliset perusteet tappioiden vähennysoikeuden menettämisen tarpeellisuutta arvioitaessa.

On todellinen ongelma, mikäli tappioiden vähennysoikeuden rajoitukset tosiasiasa estävät esimerkiksi pääomasijoituksia lisäresursseja tarvitseviin yhtiöihin, lisäävät yrityskauppojen transaktiokustannuksia tai johtavat jopa siihen, että kauppa jätetään verokustannuksista johtuen tekemättä. Mielestäni on selvää, että tilanteessa, jossa yhtiön omistus vaihtuu ja liiketoimintaa kehitetään, tulisi verovelvollisella olla oikeus säilyttää aiempina verovuosina aiheutuneet tappiot, jotta se tosiasiasa maksaisi veroa reaalityuloistaan. Tämä tulisi olla verolainsäädäntöön perustuva oikeus, joka ei edellyttäisi työlästä poikkeuslupaprosessia. Selviin väärinkäytöksiin olisi veronsaajalla mahdollisuus puuttua esimerkiksi veronkiertösäännöksen nojalla. Tällöin päästäisiin tilanteeseen, jossa tappioiden vähennysoikeuden rajoittamista yrityskauppojen yhteydessä koskevat säännöt olisivat tosiasiasa verovelvollisen näkökulmasta neutraaleja ja oikeudenmukaisia.